

ACCESO AL E-BOOK GRATIS

- [+] Diríjase a la página web de la editorial www.tirant.com
- [+] En *Mi cuenta* vaya a *Mis promociones* www.tirant.com/mispromociones
- [+] Introduzca su mail y contraseña, si todavía no está registrado debe registrarse
- [+] Una vez en *Mis promociones* inserte el código oculto en esta página para activar la promoción

Código Promocional



Rasque para visualizar

La utilización del LIBRO ELECTRÓNICO y la visualización del mismo en NUBE DE LECTURA excluyen los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado.

No se admitirá la devolución de este libro si el código promocional ha sido manipulado

PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA Y SOCIEDADES LABORALES

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil de la
Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro de la Suprema Corte
de Justicia de México*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Presidente de la Corte Interamericana de
Derechos Humanos. Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad
Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad
de Colonia (Alemania)*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del
Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA Y SOCIEDADES LABORALES

GEMMA FAJARDO GARCÍA
Directora

tirant lo blanch

Valencia, 2018

Copyright © 2018

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Gemma Fajardo García y otros

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELEF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-
ISBN:
IMPRIME: Guada Impresores

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Relación de autores por orden alfabético

FRANCESC ABAD

Confederación Empresarial de Sociedades Laborales de España (CONFESAL)

MANUEL ALEGRE NUENO

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat de València

IGONE ALTZELAI ULIONDO

Profesora Agregada (Contratada Doctora) de Derecho Mercantil

Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

MARÍA DEL MAR ANDREU MARTÍ

Profesora Titular de Derecho Mercantil

Universidad Politécnica de Cartagena (España)

JUAN BATALLER GRAU

Catedrático de Derecho Mercantil

Universitat de València

PALOMA BEL DURÁN

Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad Complutense de Madrid

AITOR BENGOTXEA ALKORTA

Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Director de GEZKI (Gizarte Ekonomia eta Zuzenbide Kooperatiboaren Institutua/

Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social)

Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea

PERE J. BENEYTO

Profesor Titular de Sociología

Universidad de Valencia

JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA

Catedrática de Derecho Mercantil

Universidad de Valencia

MARÍA ISABEL CANDELARIO MACÍAS

Profesora Titular de Derecho Mercantil

Universidad Carlos III de Madrid

RAFAEL CHAVES-ÁVILA

Catedrático de Economía Aplicada

Universitat de València

ANTONIO COLOMER VIADEL

Catedrático de Derecho Constitucional (J)

Universitat Politècnica de València

Director del Instituto Intercultural para la Autogestión y la Acción Comunal (INAUCO)

VANESSA CORDERO GORDILLO

Profesora Contratada Doctora Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Valencia

JULIO COSTAS COMESAÑA

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidade de Vigo

MARTA ENCISO SANTOCILDES

Profesora Acreditada Agregada

Universidad de Deusto

GEMMA FAJARDO GARCÍA

Prof. Titular Derecho Mercantil

Investigadora del IUDESCOOP

Universitat de València

JOSEFINA FERNÁNDEZ GUADAÑO

Profesora Contratado Doctor de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad Complutense de Madrid

FRED FREUNDLICH

Profesor Titular de Empresa Cooperativa

Mondragon Unibertsitatea

MIGUEL ÁNGEL GARCÍA CALAVIA

Profesor Titular de Sociología

Universitat de València

MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Córdoba

JESÚS GARCÍA ORTEGA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat de València

FRANCISCO ITURRASPE OVIEDO

Catedrático de la Universidad Central de Venezuela (UCV)

Investigador CONICET Argentina en Universidad Nacional de Rosario y UMET

RAFAEL JORDÁ GARCÍA

Abogado. Profesor Asociado de Derecho Mercantil

Universidad de Murcia

GUSTAVO LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS
Profesor Titular de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad Complutense de Madrid

JUAN LÓPEZ GANDÍA
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad Politécnica de Valencia

JENS LOWITZSCH
Europa Universität Viadrina, Frankfurt (Oder, Germany)

RAFAEL MARIMÓN DURÁ
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Acreditado a Catedrático
Universitat de València

FRANCISCO J. MARTÍNEZ SEGOVIA
Universidad de Castilla-La Mancha

SONIA MARTÍN LÓPEZ
Profesora Contratado Doctor de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad Complutense de Madrid

AMPARO MERINO SEGOVIA
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha

MANUEL MONREAL GARRIDO
Profesor Titular de Organización de Empresas
Universitat de València

MARTA MONTERO SIMÓ
Profesora Titular de Área. Derecho Financiero y Tributario
Universidad Loyola Andalucía

JAVIER MUÑECAS HERRERAS
ASLE Sociedades Laborales de Euskadi

GRAEME NUTTALL, OBE
Socio, bufete de abogados FieldFisher, Reino Unido

WALDO E. ORELLANA ZAMBRANO
Profesor Titular de Organización de Empresas
Universitat de València

ROSA OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA
Profesora Agregada (Contratada Doctora) de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea

FERNANDO POLO GARRIDO
Profesor Titular de Economía Financiera y Contabilidad
CEGEA. Universitat Politècnica de València

JOSÉ ANTONIO PRIETO JUÁREZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha*

AMALIA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid*

LUIS ÁNGEL SÁNCHEZ PACHÓN

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid*

MARÍA JOSÉ SENENT VIDAL

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universitat Jaume I*

FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ

*Profesor Titular Interino de Derecho Mercantil
Universidade de Vigo*

MARÍA JOSÉ VAÑÓ VAÑÓ

*Profesora Titular de Universidad
Departamento de Derecho Mercantil “Manuel Broseta Pont”
Investigadora IUDESCOOP*

Índice

<i>Prólogo.....</i>	15
RAFAEL CALVO ORTEGA	

<i>Introducción</i>	23
GEMMA FAJARDO GARCÍA	

CAPÍTULO I

<i>La participación de los trabajadores en la empresa. Concepto y modalidades.....</i>	31
MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ	

<i>La Participación en el Capital en los Estados Unidos.....</i>	57
FRED FREUNDLICH	

<i>La experiencia alemana de participación financiera de los trabajadores en la empresa.....</i>	99
ROSA OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA	

<i>La participación financiera de los trabajadores en Francia, un modelo de participación en los resultados de la empresa</i>	139
IGONE ALTZELAI ULIONDO	

<i>Guía sobre las principales formas de participación de empleados en el Reino Unido..</i>	181
GRAEME NUTTALL	

<i>La participación de los trabajadores en la empresa y su promoción desde las instituciones europeas.....</i>	229
MARTA ENCISO SANTOCILDES	

<i>Participación sindical en las empresas de la Unión Europea.....</i>	249
PERE J. BENEYTO	

<i>América Latina y el Caribe: participación, cogestión y autogestión.....</i>	273
FRANCISCO ITURRASPE OVIEDO	

CAPÍTULO II

<i>La participación de las personas trabajadoras en España: ¿oportunidad fallida, o crónica de un fracaso anunciado?</i>	289
AITOR BENGOTXEA ALKORTA	

<i>Incentivos fiscales a la participación de los trabajadores en la empresa en la legislación española</i>	323
MARTA MONTERO SIMÓ	
<i>Socios trabajadores y seguridad social.....</i>	355
JUAN LÓPEZ GANDÍA	
<i>Dirección de Recursos Humanos en empresas de participación. Fundamentos teóricos</i>	395
WALDO E. ORELLANA ZAMBRANO	
MANUEL MONREAL GARRIDO	

CAPÍTULO III

<i>La sociedad participada en la ley 44/2015 de 14 de octubre.....</i>	425
JAVIER MUÑECAS HERRERAS	
<i>Análisis crítico de la regulación de la sociedad participada. Propuestas de desarrollo legislativo</i>	439
MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ	
<i>Las sociedades laborales no calificadas como base del concepto de sociedad participa- da</i>	467
PALOMA BEL DURÁN	
GUSTAVO LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS	
SONIA MARTÍN LÓPEZ	
JOSEFINA FERNÁNDEZ GUADAÑO	

CAPÍTULO IV

<i>SALTUV: la primera Sociedad Anónima Laboral.....</i>	489
ANTONIO COLOMER VIADEL	
<i>Antecedentes de la Ley de Sociedades Laborales y Participadas.....</i>	521
FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ	
<i>La política económica dirigida hacia las sociedades laborales.....</i>	545
RAFAEL CHAVES-ÁVILA	
FRANCESC ABAD	
JENS LOWITZSCH	
<i>Sociedades laborales y empleo (2005-2015).....</i>	573
MIGUEL ÁNGEL GARCÍA CALAVIA	

CAPÍTULO V

<i>La sociedad laboral. Concepto, calificación, descalificación y principales características.....</i>	589
GEMMA FAJARDO GARCÍA	
<i>Procedimientos de constitución de las sociedades laborales.....</i>	631
LUIS ÁNGEL SÁNCHEZ PACHÓN	
<i>La escritura de constitución y los estatutos de la sociedad laboral.....</i>	659
JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA	
<i>Capital social, acciones y participaciones de la sociedad laboral: clases, representación y valoración.....</i>	677
GEMMA FAJARDO GARCÍA	
<i>La transmisión de acciones y participaciones. Causas y procedimientos.....</i>	709
DRA. MARÍA DEL MAR ANDREU MARTÍ	
<i>La extinción de la relación «laboral» del socio trabajador: causas y consecuencias....</i>	731
MANUEL ALEGRE NUENO	
<i>Modificación de capital y derecho de preferencia en las sociedades laborales</i>	755
MARÍA JOSÉ VAÑÓ VAÑÓ	
<i>Negocios sobre las propias acciones y participaciones en las sociedades laborales.....</i>	773
DR. D. RAFAEL JORDÁ GARCÍA	
<i>La asistencia financiera de la sociedad para la adquisición de acciones o participaciones propias por sus trabajadores.....</i>	801
RAFAEL MARIMÓN DURÁ	
<i>Derechos, obligaciones y responsabilidad de las personas socias.....</i>	833
MARÍA JOSÉ SENENT VIDAL	
<i>El órgano de administración de las sociedades laborales.....</i>	883
AMALIA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ	
<i>Otras particularidades de la estructura financiera: la reserva especial.....</i>	911
FERNANDO POLO GARRIDO	
<i>La separación del socio.....</i>	931
JULIO COSTAS COMESAÑA	
<i>La exclusión de socios en las sociedades laborales</i>	957
FRANCISCO J. MARTÍNEZ SEGOVIA	

CAPÍTULO VI

<i>Disolución y liquidación de sociedades laborales.....</i>	993
JUAN BATALLER GRAU	
<i>La Sociedad Laboral y el Concurso.....</i>	1017
MARÍA ISABEL CANDELARIO MACÍAS	

CAPÍTULO VII

<i>Régimen jurídico del trabajo asociado en las sociedades laborales.....</i>	1051
JOSÉ ANTONIO PRIETO JUÁREZ	
<i>El estatuto jurídico del socio trabajador desde la perspectiva del Derecho del Trabajo.</i>	1085
VANESSA CORDERO GORDILLO	
<i>Sociedades laborales: cuestiones de seguridad social.....</i>	1097
JESÚS GARCÍA ORTEGA	
<i>La prevención de riesgos laborales en las sociedades laborales.....</i>	1119
MANUEL ALEGRE NUENO	
<i>Sindicalismo y participación en las sociedades laborales</i>	1143
AMPARO MERINO SEGOVIA	

Prólogo

La Profesora Gemma Fajardo, acreditada investigadora en Economía Social, ha tenido la gentileza de pedirme unas líneas de presentación sobre este riguroso estudio de las sociedades laborales. Su lectura detenida ha traído a mi memoria tiempos importantes de la Transición Política (1978-1980), en los que tuve el honor de ser Ministro de Trabajo en dos Gobiernos de la Unión de Centro Democrático presididos por Adolfo Suárez y, en consecuencia, de gestionar los recursos del Fondo Nacional de Protección al Trabajo que se invirtieron en buena medida en la promoción de la Economía Social y, por lo que aquí interesa, en la creación de Sociedades Laborales. Unas entidades que permitían la promoción de los trabajadores que se incorporaban a ellas y que pasaban a ser sus propietarios y gestores. La norma sobre el citado Fondo Nacional definió ya la sociedad laboral: propiedad mayoritaria y gestión por los trabajadores y limitación en relación con uno sólo de estos de manera que se evitasen situaciones de dominio.

Siempre estuvo presente esta idea de promoción social y la necesidad de crear herramientas que facilitasen la generación de empleo. Afectar la máxima financiación posible a la creación de estas entidades y confiar su gestión a los propios trabajadores me pareció (hace cuarenta años) y también ahora una idea que merecía ser defendida.

Es cierto que en 1978 existían ya las cooperativas de trabajo asociado, que podían realizar (y que lo hacían) la gestión y la propiedad de estas entidades por los mismos trabajadores que pasaban a ser sus propietarios. Se tuvo en cuenta, sin embargo, que la puesta en marcha de una cooperativa era más laboriosa que si se trataba de una sociedad laboral; incluso, en ocasiones, su propio funcionamiento. En consecuencia, se creó y reguló la sociedad laboral. En definitiva, se aumentaba la oferta de tipos y se ampliaban las posibilidades de nuevas formas de empresa, lo que se consideraba como positivo en todo caso, ya que la elección correspondía siempre a los trabajadores. Las numerosas sociedades laborales en funcionamiento han probado que su introducción en nuestro ordenamiento jurídico fue un acierto y una semilla que, con independencia de dificultades coyunturales, irá creciendo con el esfuerzo de los propios trabajadores.

Este Libro que tengo el honor de presentar constituye una investigación muy completa de las sociedades laborales. Desde su constitución (requisitos y estatutos), pasando por los aspectos que podríamos considerar más importantes como el análisis de sus títulos (acciones y obligaciones), las modificaciones del capital social y las distintas situaciones jurídicas de los socios hasta la disolución de la sociedad misma. Se ha seguido normalmente en los trabajos un método crítico con propuestas alternativas en todos aquellos supuestos en que se ha considerado la modificación de preceptos como método de mayor interés que la interpretación clásica de la norma establecida. Siempre teniendo presente la finalidad de la ley y el interés de los trabajadores propietarios y, en definitiva, de la sociedad.

La aportación doctrinal en esta investigación es impresionante, con numerosas citas, siempre rigurosas y completas, hechas desde el conocimiento amplio de los autores, bien conocidos en el ámbito extenso de la Economía Social.

La investigación que presentamos constituye un estudio integral y completo de las sociedades laborales. Llama la atención que se haya podido reunir un material científico tan amplio y completo, con una consulta rigurosa de fuentes, examen de la doctrina más solvente, cita de los planteamientos y soluciones de los ordenamientos más prestigiosos y, en definitiva, todos los requerimientos que cabe hacer a una investigación universitaria de esta categoría.

Como acabamos de decir, la investigación tiene un carácter integral. Se extiende a todos los aspectos de las sociedades laborales que pueden considerarse esenciales: constitución, con un detenido análisis de los requisitos legalmente exigidos, contenido de los estatutos sociales, todo lo relativo a la representación del capital social (acciones y participaciones) y de sus modificaciones, distintos aspectos que pueden presentarse en la situación jurídica de los socios, tratamiento del beneficio social y los distintos aspectos que pueden presentarse en relación con los trabajadores. Hay que tener en cuenta que el peso del subjetivismo es esencial en la sociedad laboral, y que ello obliga a estudiar situaciones personales y de relaciones intragrupo muy diversas.

Esta investigación tiene también diversos aspectos que trascienden la estructura interna y el funcionamiento de la sociedad misma. Me refiero, entre otros, a la relación de la sociedad laboral con el empleo. No

hay que olvidar que la creación de este tipo social tiene lugar en 1979, momento difícil en cuanto se refiere a la creación de puestos de trabajo y, en general, a la necesidad de desarrollo económico. Es en la Orden Ministerial que distribuía, como hemos dicho, los recursos del Fondo Nacional de Protección del Trabajo donde se produce esta creación: son sociedades laborales aquellas en las que la mayor parte de su capital pertenece a los trabajadores, sin que ninguno de estos pueda tener la mayoría. La creación de empleo es un aspecto del mayor interés en el momento citado de la creación de estas sociedades. Supone romper con el planteamiento clásico de que sólo puede crearse empleo desde la titularidad previa del capital privado. Algo que es cierto, pero no en términos absolutos. También los recursos de los trabajadores, su crédito y capacidad inicial y los recursos públicos tienen la capacidad de promoción a que nos referimos. Las declaraciones legales e incluso constitucionales en esta línea no pueden detenerse en el campo de los buenos deseos y tienen que plasmarse en decisiones concretas que permitan confiar en los Poderes Públicos. Hoy, afortunadamente, la recaudación fiscal es cada día más importante y este crecimiento, con aplicaciones muy diversas, tiene que incluir la ayuda a la promoción de entidades de Economía Social (entre ellas, las sociedades laborales que aquí se estudian). Ayudas, por lo demás, con una capacidad de reversión que no puede desconocerse en términos y planteamientos generales.

Dentro de este carácter integral del trabajo quiero referirme también a la productividad como aspecto básico de la economía empresarial. Es difícil conocer estadísticas de productividad separadas de este tipo social que examinamos que permitan hacer afirmaciones generales precisas y seguras. Pero el conocimiento amplio de situaciones singulares permite afirmar que la productividad de las sociedades laborales es muy estimable. Es algo, por lo demás, que se apoya en una lógica muy extendida: la concurrencia en una persona de la condición de socio y trabajador tiene que resultar beneficiosa para la productividad por la creación de un clima favorable para mejorar los resultados económicos a que nos referimos.

Esta investigación sobre las sociedades laborales que el lector tiene en sus manos reflexiona sobre aspectos colaterales pero de interés innegable. Así, la relación con el sindicalismo y el encaje que la actividad sindical (establecida en relación con la sociedad capitalista) tiene o puede tener en una sociedad en la que la propiedad del capital pertenece a los

trabajadores. Las observaciones de cómo pueden considerarse determinadas situaciones dentro de la negociación colectiva requieren una meditación detenida. No se trata de decir que la sociedad laboral no conoce y no debe de conocer reivindicaciones laborales. Se ha dicho que también aquí (como en el aumento de productividad) la convergencia es más fácil y el clima tiende a ser más favorable.

Gran interés tiene el amplio recorrido que hacen determinados autores sobre la ordenación y el funcionamiento de las sociedades laborales en otros países; y las peculiaridades que presentan estos ordenamientos (Estados Unidos, Alemania, Reino Unido y Francia). La sociedad laboral es una figura reciente en el amplio campo de las formas empresariales, no obstante los diferentes ejemplos de participación de los trabajadores en el capital de las sociedades que puedan señalarse. El conocimiento de su evolución o de entidades de participación próxima a ella ofrece el mayor interés científico, sobre todo cuando esta evolución se produce en países que pueden considerarse de vanguardia en los campos laboral y empresarial. Estudiar las iniciativas de otros países y sociedades es siempre una medida inteligente y fructífera y constituye un modo de ampliar el campo de acción propio sobre la base de experiencias ya realizadas, constituyendo un factor de animación y una fuente de sugerencias ante las dificultades que se presentan en el campo propio.

Las sociedades laborales son una idea brillante que ha tenido y tiene ya un amplio respaldo doctrinal. No podía ser de otra manera. La división en capital y trabajo no es un dogma económico y sí el producto de momentos de evolución social que terminaron por admitirse. En la medida que la preparación de los trabajadores ha aumentado y su capacidad de organización y relación ha sido mayor los ejemplos de participación en el capital y en la dirección han aumentado. No podía ser de otro modo. La capacidad de autoorganización de la sociedad es cada vez mayor y las manifestaciones de liderazgo de los trabajadores más frecuentes. En nuestros días, las sociedades laborales han recibido el espaldarazo de haber superado con dignidad y eficacia una crisis económica muy importante como la que hemos sufrido en la última década. Una crisis de financiación y de demanda que ha colocado a la empresa en una situación de dificultad. Las sociedades laborales han superado esta etapa (que para ellas ha sido, lógicamente, más dura) con dignidad y capacidad de ajuste notable. Hoy hay que repensar las ideas

ya conocidas pero siempre de actualidad sobre necesidad de financiación y de formación más avanzada y la conveniencia de colaboración y ayuda exterior.

La necesidad de financiación tiene que encontrar una respuesta satisfactoria en las Administraciones Públicas. La extensión del crédito público tiene que llegar a la Economía Social, en general, y a las sociedades laborales, en particular. Principalmente, aumentando el apoyo a las entidades de garantía que sustituyan como técnica al préstamo directo. Esta extensión de la garantía al financiador inmediato termina por tener un coste global menor que el préstamo directo, como se acaba de decir. Las entidades de prestación de garantía están conociendo un desarrollo muy interesante, dada su capacidad de movilización de recursos y se está abriendo paso en el campo comunitario, lo que tiene un interés indudable. Una mutualización de la responsabilidad es un campo cada vez más abierto y tenemos todos la obligación de estudiarlo y verificar sus resultados.

El segundo gran desafío de las sociedades laborales es la formación de sus trabajadores. Aumentar la formación es incrementar la productividad y, en última instancia, la competitividad de la empresa, elevando la retribución y el bienestar de los trabajadores. Hoy las técnicas de formación conocen un desarrollo creciente que hay que aprovechar. Empezando por la enseñanza complementaria, que puede ser solicitada por los propios trabajadores y, desde luego, por la empresa. La corriente favorable a la formación debe ser utilizada al máximo. La enseñanza no presencial se beneficia hoy del desarrollo continuo de las nuevas tecnologías. Finalmente, la enseñanza dual puede encontrar, por su desarrollo adecuado a cualquier empresa (también a la pequeña) un campo interesante en las sociedades laborales. En definitiva, hay que recordar que formación es mayor salario, mejor productividad, mayor competitividad y mejores condiciones para el progreso laboral y mejor defensa de la propia empresa. Todas estas afirmaciones son válidas para cualquier empresa y, desde luego, para la sociedad laboral, como se acaba de decir.

La sociedad laboral tiene todas las ventajas que se han apuntado en este Prólogo y proporciona un respaldo a todas ellas y a sus trabajadores que proviene de su propia supervivencia y de la utilidad del modelo.

Pero la sociedad laboral es también una figura social. Que los trabajadores sean los propietarios y gestores de su propia empresa es un modelo social de gran interés. Hoy cada día somos más los que pensamos que, junto a avances económicos y progresos organizativos y tecnológicos, tienen que abrirse paso avances sociales. Avances en formación, redistribución, capacidad económica y responsabilidad. Avances, en definitiva, que signifiquen un progreso para las personas medido en términos de autonomía y bienestar.

Finalmente, las sociedades laborales son una respuesta al desafío del desempleo. Los trabajadores demuestran todos los días su capacidad para generar su propio empleo. Su capacidad y su acierto. Hay que confiar en ellos. Animarles y ayudarles. Este Libro lo hace científicamente.

La Constitución de 1978, artículo 129, significó un hito en esta dirección que sorprendió ya entonces por su claridad y alcance y hoy conserva la esencia de un mandato claro y rotundo: “(...) *Los Poderes Públicos establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción*”. Un mandato, como se ha dicho, que se extiende a todos los medios (formativos, financieros y también normativos), que va más allá de una declaración legal.

Esta figura social (y económica) que es la sociedad laboral necesita también (además de financiación y formación) animación. La distancia entre la situación de desempleado y la de socio trabajador es grande. Los trabajadores en esta situación difícil de desempleo necesitan de animación, de despertar en ellos nuevas posibilidades y esperanzas y de confiar en que una nueva situación es posible.

He tenido alguna experiencia en estas situaciones y sé la prevención que existe, en ocasiones, a asumir la propiedad y la gestión de la propia empresa. Hacen falta animadores y orientadores de los trabajadores. Es necesario hacer presente el ejemplo de miles de sociedades laborales y de miles, también, de trabajadores que han acompañado su nueva tarea de ilusión y confianza en sí mismos con un resultado del que pueden sentirse orgullosos.

Este trabajo de investigación que comentamos ayuda también a la consecución de este objetivo. Analiza las posibilidades legales y administrativas existentes, recoge y sistematiza una amplia doctrina clarificadora, ordena las experiencias vividas en otros países y somete a debate

propuestas diversas. En resumen, facilita la consolidación de los ensayos y teorías que hasta ahora se han avanzado en este campo. Y abre, también, nuevos caminos que contribuirán al avance social que las sociedades laborales significan en el mundo de la producción.

Hay, finalmente, que agradecer a todas las personas que nos ofrecen hoy este trabajo extenso y riguroso. Yo lo hago ahora muy sincera y gustosamente. Nunca se sabe hasta dónde llega la fecundidad del trabajo científico. Pero podemos decir que siempre lejos. Aquí, en este caso, será sin duda muy fecundo.

Quisiera terminar reiterando mi gratitud, de manera muy especial, a las personas, a los colegas que han llevado a cabo los trabajos, siempre laboriosos, de organización, sistematización y, en un futuro inmediato, de difusión. Son muchas personas bajo la dirección de Gemma Fajardo las que hoy nos ofrecen este Libro espléndido. La Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, con la inspiración siempre acertada de Gemma Fajardo y José Luis Monzón, ha sido siempre junto con ASLE (Josetxo Hernández) la luminaria de las sociedades laborales en nuestro país. Gracias a todos.

RAFAEL CALVO ORTEGA

Ministro de Trabajo (1978-1980)

Catedrático de Universidad

Introducción

La participación de los trabajadores en la empresa puede verse como una manifestación más del ideal democrático que reconoce el derecho de toda persona a estar informado y poder opinar sobre todo lo que le concierne, pero realmente la expresión «participación de los trabajadores en la empresa» implica más dimensiones que abarcan, no sólo el derecho de los trabajadores a estar informados y poder decidir, sino también a participar en los resultados económicos de la empresa e incluso en su capital social. Esta última dimensión suele identificarse frecuentemente con la expresión «participación financiera».

Este libro analiza la participación de los trabajadores en la empresa desde todas estas dimensiones, así como la figura jurídica de la sociedad laboral, como exponente de la máxima participación que un trabajador puede alcanzar en la empresa.

La idea de llevar a cabo este estudio se remonta tiempo atrás. A principios de 2013 se puso en marcha el Programa Internacional de Investigación «Estatuto jurídico de los trabajadores-socios de cooperativas y otras organizaciones de la Economía Social y Solidaria», nacido en el seno de la Asociación Iberoamericana de Derecho Cooperativo, Mutual y de la Economía Social y Solidaria, con sede en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Este Programa propició por una parte, la creación en España de un grupo de investigadores interesados en abordar ese estudio y que se vio recompensado con la aprobación del Proyecto de Investigación *Economía Social, Autogestión y Empleo* (www.ecosocial2020.es) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (DER2016-78732-R). Y por otra, el inicio del estudio del estatuto jurídico de los trabajadores-socios en las entidades de la economía social española. La idea inicial contemplaba el estudio del estatuto jurídico de este socio tanto en la cooperativa de trabajo asociado como en la sociedad laboral. Sin embargo, el inicio de los trabajos orientados a modificar la regulación de la sociedad laboral hicieron que, reconsideráramos los objetivos de nuestro estudio y priorizáramos centrar la atención en la cooperativa de trabajo asociado y mientras tanto, **esperar** la aprobación del nuevo régimen jurídico de la sociedad laboral. Así es cómo en 2016 pudimos publicar la obra «Cooperativa de Trabajo Asociado y Estatuto Jurídico de sus socios trabajadores» con la editorial

Tirant lo Blanch (w.tirant.com), y dos años después ve la luz esta obra centrada en la sociedad laboral.

La Ley 44/2015 de 14 de octubre no sólo ha supuesto una mejora en el régimen jurídico de las sociedades laborales, sino que como su título anuncia: “Ley de Sociedades Laborales y Participadas”, incorpora una nueva figura en nuestro ordenamiento. La “Sociedad participada por los trabajadores” se define como una sociedad anónima o de responsabilidad limitada que, no reuniendo los requisitos para poder ser calificada como sociedad laboral, promueve el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos (en el capital, en los resultados y en las decisiones). La Ley prevé el reconocimiento formal de las sociedades participadas por los trabajadores, y ordena a los poderes públicos que promuevan su constitución y desarrollo.

La figura del socio trabajador puede estar presente en cualquier fórmula societaria en la que coincida en la misma persona la condición de socio y de trabajador, y con independencia de que el trabajo sea una prestación societaria (como en la sociedad colectiva o cooperativa), o se preste a cambio de un salario (asalariado). La cooperativa de trabajo asociado y las sociedades laborales presentan la particularidad de que son los trabajadores asociados quienes tienen el control de la entidad. No son pues meramente entidades participadas por sus trabajadores, sino que están controladas por éstos, y ello tiene diversas consecuencias, por que el interés predominante de la sociedad ya no es tanto la rentabilidad del capital invertido como el mantenimiento del puesto de trabajo y la mejora de las condiciones de éste. La sociedad participada no cambia la naturaleza de la entidad, que seguirá siendo predominantemente capitalista, pero sí abre nuevas posibilidades para mejorar la participación de los trabajadores en la empresa e incluso, para poder plantear en algún momento la transmisión del control de la empresa a los trabajadores, e incluso su calificación como sociedad laboral.

La aprobación de la nueva ley nos planteó por tanto nuevos retos en torno a la participación de los trabajadores en la empresa, y su regulación ideal, que no podíamos desatender.

El presente libro se estructura en siete capítulos que van a dar cuenta, desde el fenómeno de la participación de los trabajadores en la empresa, pasando por la nueva figura de la sociedad participada por sus trabajadores, y terminando con la sociedad laboral, como modelo en el que la participación llega a ser mayoritaria y por tanto son los trabajadores quienes tienen el control de la sociedad.

El capítulo I aborda la participación de los trabajadores, desde su definición y modalidades de participación (M. García), a las distintas experiencias existentes en derecho comparado. La Unión Europea, aunque viene preocupándose por el tema desde los años setenta, a la vista sobre todo de la exitosa experiencia de las ESOP en los Estados Unidos de América, no ha aprobado ninguna normativa vinculante para los Estados, más allá de recomendaciones en favor de la promoción de la participación financiera de los trabajadores, o del reconocimiento de su derecho a la información, al diálogo social y a la participación (M. Enciso). La principal referencia para conocer qué medidas legales y fiscales han contribuido a promover la participación de los trabajadores en la empresa nos la ofrece la experiencia de los países que son ejemplares en dicha promoción. Ello nos ha llevado a analizar la experiencia de los Estados Unidos de América (F. Freundlich), pero también de países de la Unión Europea como Francia (I. Altzelai), Reino Unido (G. Nuttal) y Alemania (R. Otxoa). También hemos querido conocer el estado de la participación de los trabajadores en la empresa en los países de América Latina y el Caribe (F. Iturraspe). Un factor fundamental en este estudio era conocer la representatividad de los sindicatos de trabajadores en las empresas europeas y su capacidad de negociación y participación, en la medida en que pueden ser claves en estos procesos (P. Beneyto).

El capítulo II se ha centrado en la experiencia y la regulación de la participación de los trabajadores en la empresa española, ¿oportunidad fallida o crónica de un fracaso anunciado? (A. Bengoetxea). No obstante hemos querido conocer algunas medidas aplicables de carácter fiscal (M. Montero) y en materia de seguridad social (J. López Gandía), así como ciertas particularidades que presentan las empresas de participación para la dirección de recursos humanos (W. Orellana y M. Monreal).

El capítulo III se dedica precisamente a la nueva figura de la sociedad participada prevista en la Ley 44/2015, desde los objetivos que pretende cubrir esta nueva figura jurídica demandada por las organizaciones representativas de las sociedades laborales (J. Muñecas); pasando por las críticas que ha suscitado entre la doctrina por sus lagunas y contradicciones (M. García), hasta una novedosa e interesante interpretación del concepto de sociedad participada que abarcaría incluso a las que pudiendo ser sociedades laborales no se califican como tales (P. Bel, G. Lejarriaga, S. Martín y J. Fernández).

Con el capítulo IV iniciamos el estudio de la sociedad laboral, comenzando por sus orígenes (A. Colomer), analizamos sus antecedentes legisla-

tivos (F. Torres), las políticas públicas que se han aplicado a las mismas (R. Chaves, F. Abad y J. Lowitzch) y algunos de sus efectos sobre la creación y mantenimiento del empleo, especialmente durante la reciente crisis económica (M. A. García Calavia).

El capítulo V se centra en el análisis del régimen jurídico societario de la sociedad laboral, partiendo de su concepto y principales características, abordamos los aspectos formales de su constitución (L. A. Sánchez Pachón), de su calificación (G. Fajardo) y las particularidades ~~que presenta~~ su escritura de constitución y sus estatutos sociales (J. Boquera). Más adelante se analizan las particularidades que presentan las acciones y participaciones sociales de las sociedades laborales, sus clases (G. Fajardo); su transmisión (M. M. Andreu); los negocios sobre las propias acciones y participaciones (R. Jordá); la ampliación de capital y las particularidades que presenta el reconocido derecho de preferencia de socios y trabajadores (M. J. Vañó) o la asistencia financiera de la sociedad para la adquisición de las acciones o participaciones por sus trabajadores (R. Marimón). Una mención especial merece hacerse a la reserva especial y la notable modificación de su régimen jurídico (F. Polo). Este capítulo analiza también lo que sería el estatuto jurídico del socio trabajador, sus derechos, obligaciones y responsabilidades (M. J. Senent), su posible separación (J. Costas) y exclusión (F. Martínez Segovia), y las consecuencias que se derivan de la extinción de su relación «laboral» (M. Alegre); y concluye con una revisión de la regulación de su órgano de administración, donde se destaca expresamente que la actuación de los administradores debe favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (A. Rodríguez).

El capítulo VI aborda los procesos de extinción y concurso de la sociedad laboral. Se analizan las causas de disolución, la posible responsabilidad de los administradores por inacción y el procedimiento de liquidación de la sociedad hasta su extinción (J. Bataller). El concurso de la sociedad laboral no es objeto de atención en la ley comentada pero sin duda le será de aplicación la ley concursal, por lo que resulta de interés analizar algunos aspectos como, los efectos de la declaración de concurso sobre las relaciones laborales o la ordenación de los créditos laborales (M. I. Candelario).

El VII y último capítulo recoge aspectos más cercanos al régimen jurídico laboral y de la seguridad de esta sociedad. Así, se analiza el régimen jurídico del trabajo asociado en las sociedades laborales (J. A. Prieto), el estatuto jurídico del socio trabajador desde la perspectiva del Derecho del

Trabajo (V. Cordero), aspectos que le afectan del régimen de la Seguridad Social (J. García Ortega) y del régimen relativo a los riesgos laborales (M. Alegre); y se concluye con un análisis del papel del movimiento sindical en los orígenes de las sociedades laborales y en la creación de algunas sociedades resultantes de procesos de reconversión; así como con una interesante reflexión sobre los instrumentos de participación de los trabajadores y en particular la negociación colectiva en la sociedad laboral (A. Merino).

Queremos concluir agradeciendo a todos los autores que han participado en esta obra, su generosa y valiosa colaboración. Todos ellos son expertos en las materias que han analizado, como lo acreditan sus publicaciones sobre la materia o su reconocida experiencia en el tema. También queremos agradecer al profesor Rafael Calvo Ortega que haya aceptado prologar este libro. Su contribución —como Ministro de Trabajo— a la inicial regulación y fomento de las sociedades laborales, y su apoyo constante a la economía social, desde la universidad y desde las diversas facetas de su vida profesional, hacen de él la persona idónea para prologar este trabajo colectivo. Por último, agradecer una vez más a la editorial Tirant lo Blanch la confianza puesta en nosotros para editar este trabajo y las facilidades ofrecidas. Tirant lo Blanch que venía siendo desde 2014 la editorial de Derecho mejor valorada en la clasificación *Scholarly Publishers Indicators* que realiza el CSIC, ha sido reconocida también el pasado 26 de junio de 2018 como la editora de mayor prestigio en Ciencias Sociales. Sólo queda esperar que esta obra sea de provecho e interés para los profesionales, estudiosos y lectores en general que la consulten.

GEMMA FAJARDO GARCÍA

CAPÍTULO I

La participación de los trabajadores en la empresa. Concepto y modalidades¹

MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTOS PREVIOS. 1. El ideal de una sociedad igualitaria y participativa. 2. ¿De quién es la Empresa? 3. Participación en la empresa en el relato constitucional. II. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA. 1. Democracia y empresa. 1.1. Papel social de la empresa. 1.2. Requisitos formales para la participación de los trabajadores en la empresa. 2. Conceptos formales de la participación de los trabajadores. III. MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA. 1. Formas de participación experimentadas e iniciativas para llevarlas a cabo. 2. Propuesta de sistematización. IV. CONCLUSIONES. Bibliografía.

RESUMEN: En este capítulo, se analiza la participación de los trabajadores en la empresa dentro de las aspiraciones para conseguir una democracia global, como derecho inalienable de la persona a participar en las decisiones sobre todos los asuntos que le conciernen, y superar los esquemas de la democracia formal y representativa, desde la empresa, como pilar básico de participación, hasta la planificación democrática de la economía. En la búsqueda de la legitimidad del trabajo en la toma de decisiones, se presentan algunas respuesta a la pregunta ¿De quién es la empresa?, y se busca su encaje en las opciones que ofrece la Constitución Española.

El estado actual de su conceptualización, se presenta previa algunas reflexiones en torno al papel social y económico actual de la empresa (relación democracia-empresa) y a continuación las principales modalidades de experiencias participativas que fueron apareciendo a lo largo del siglo XX. Por último, se propone una sistematización de las posibilidades que, al menos teóricamente, ofrecen «las diversas formas de participación en la empresa».

¹ Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Economía Social, Auto-gestión y Empleo» (DER2016-78732-R) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

I. PLANTEAMIENTOS PREVIOS²

1. *El ideal de una sociedad igualitaria y participativa*

Los hombres y mujeres que *participan* con su trabajo en la producción de bienes y servicios para la existencia humana, desde la revolución industrial, salvo unos pocos, no han tenido voz ni voto en la gestión de las empresas donde trabajan, ni en la elaboración de las políticas públicas de asignación de los recursos en el seno de la sociedad (Pool, 1995: 13).

Las ideas para propiciar la participación en la empresa, se han planteado a través de propuestas, formuladas inicialmente por Owen, Fourier, Mill, Proudhon, Mark y otros, vinculas a los ideales generales de la democracia, basados en los principios y valores entorno a la dignidad humana, la igualdad, la libertad y la autonomía (Arrigo y Casale, 2010: 6-8; Massari, 1977; Saña, 1976; Tezanos, 1987), así como al derecho inalienable de toda persona a opinar e implicarse en todos los asuntos que le conciernen, y, en particular, concretadas entorno al concepto e ideales de la denominada «democracia industrial», que sobrepasa las esferas de la participación política para adentrarse en el terreno de la economía y de la producción. En definitiva, se propone una sociedad genuinamente participativa, basada en primera instancia en la participación en el centro de trabajo, considerada como el pilar básico de cualquier sistema democrático satisfactorio (Pool, 1995: 15).

Conectando con ello, aparece la idea, aunque no siempre visible, del «derecho natural fundamental, anterior a todo derecho a la propiedad, que tiene toda persona a usar de los bienes de la tierra» (Rovirosa, 1970: 21), la noción de un medio natural, como algo de lo que individualmente formamos parte que no se nos puede arrebatar, que nos sitúa a las puertas de algo más moderno, como es la idea de la protección medioambiental y la gestión global del planeta. Como señalara Pool (1995: 16), es una convicción compartida que la alienación, encarnada en el desarraigo de hombres y mujeres con respecto a los productos de la creación, constituye un mal endémico de las sociedades industriales avanzadas.

² Algunas de las cuestiones que se exponen en esta apartado fueron presentadas, con el título de «Nuevas, y no tan nuevas formas de trabajo y participación de los trabajadores en la empresa. Hacia una nueva democracia industrial», en el Congreso Internacional «*Democracy and Participation in the 21st Century*» ISA RC10 ULisboa 2017. Publicado en Noticias cielo, 2017, 6. http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2017/06/garcia_noticias_cielo_n6_2017.pdf.

En las sociedades modernas, el nivel de vida material ha llegado a cotas inimaginables para las generaciones anteriores, pero no se ha visto acompañado de una mejora correlativa de la condición social humana, por el contrario, con la creciente concentración y centralización de la toma de decisiones que afectan al trabajo, acompañadas y potenciadas por la nueva tecnología, la gente se ve privada de la capacidad de participar en las decisiones que les afectan, al no poder determinar el modo de su existencia económica y al sentir su vida como una serie de «trampas» (Pool, 1995: 14), entre ellas, la de un consumismo frenético que impone ritmos y formas de vida. Elementos, todos ellos, que en los momentos actuales habrá que combinar con los retos de los nuevos modelos productivos y las nuevas formas de organización empresarial (Trillo, 2016).

En 1912 Graham Wallas³ señalaba que: «la industria está ya organizada a una escala y con una intensidad sin precedentes en la historia mundial, y quizá la pregunta más importante que habría que plantearse era qué fuerzas u organismos de las personas deberían controlar esta vasta organización».

En el mundo, se toman decisiones ocultas (no transparentes), vinculadas (esa al menos es la suposición) a determinados «mercados» o industrias, que escapan al control de las instituciones de la sociedad internacional pero con indudable poder sobre ellas, marcando, así mismo, las decisiones de los gobiernos y de los Estados, doblegando a las instituciones o mecanismos de la soberanía popular. Las presiones de los «mercados financieros», condicionaron durante las primeras fases de *la crisis* las políticas económicas, presupuestarias y fiscales, sometiénolas a su disciplina, y acabaron reorientando las políticas públicas en general y sociales en particular, en prácticamente todos los países del mundo. En el caso de España (2011) incluso marcaron el fondo y la forma de la reforma del art. 135 de la CE (Aparicio, 2016).

Los desafíos que tienen planteadas las sociedades modernas no pueden sino enfocarse y analizarse desde una perspectiva global, *desde lo local*, lo que exige la incorporación de mecanismos democráticos de control y dirección, en los diferentes niveles. Una «democracia económica» que aborde los aspectos generales, sectoriales y a nivel de empresa. Lo que, sin duda, requiere un mayor protagonismo de la sociedad civil, en sus diferentes organizaciones de integración (consumidores, sindicales, políticos, ambientales), mediante la implementación de mecanismos de legitima-

³ «On syndicalism», Sociological Society: Annual Meeting, *Sociological Review*, 5, p. 247-257. Citado por Pool (1999: 27).

ción. Aunque de forma embrionaria y sin poder, esta orientación estaría presente en la institucionalización del dialogo social y la concertación, que conforman uno de los pilares de la Europa Social (TFUE), que sobrepasa lo estrictamente limitado al ámbito de las relaciones laborales, y entraría dentro de los niveles de influencia los Consejos Económicos y Sociales.

En esta línea, Pool (1995: 31) delimita los siguientes «niveles de participación», que se corresponden con los modelos formales de los procesos de adopción de decisiones dentro de la empresa y de la sociedad en general:

1. Toma de decisiones por las personas en su puesto de trabajo.
2. Grupo o equipo de trabajo.
3. Sección o departamento.
4. Centro de trabajo.
5. Empresa.
6. Industria.
7. Economía.

A un nivel de la economía en general, considera que las opiniones de los trabajadores «normales», de los distintos niveles del sistema productivo, con experiencia en su funcionamiento, se podría revelar como un activo valiosísimo para la planificación general de la economía, que se deriven de debates locales y nacionales sobre lo que debe producirse dentro de un determinado orden social. Esto no sólo garantizaría una economía sana y prospera, sino que además ayudaría a resolver los problemas medioambientales y regionales, ofreciendo nuevas oportunidades para experimentar métodos democráticos de gestión y control (Pool, 1995: 227).

A nivel de empresa, aunque a veces la mayoría subordinada ha logrado ejercer un cierto grado de control sobre el resultado efectivo de su trabajo o sobre las decisiones adoptadas a nivel de centro de trabajo, garantizando el mantenimiento de expresiones rudimentarias de participación en muchas áreas de producción (Pool, 1995: 13), los modos de organización del trabajo «en la actualidad» siguen siendo incompatibles con una situación en la que todas las personas se reconcilien con consigo a través de las actividades productivas, de las que puedan extraer un significado y una finalidad, y mediante las cuales puedan comenzar a recuperar el control sobre las instituciones humanas y las situaciones históricas (Dawe, 1970: 211)⁴.

⁴ Citado por Pool, 1995: 13.

En las propuestas que a lo largo de la historia se ha ido formulando para promover la participación y el control de los trabajadores, en la búsqueda de una *democracia industrial* y la democratización de las instituciones sociales, presentadas teóricamente como la solución más apropiada para los problemas de alienación de las sociedades industriales, además de la invocación de las virtudes del control democrático derivadas de determinados valores humanos fundamentales, defendidos en la mayoría de las sociedades modernas, se ha recurrido ciertos *principios éticos* que refuerzan el razonamiento⁵; y la presentación de numerosas *pruebas de los importantes beneficios socioeconómicos derivados de la participación*. Desde experiencias de autogestión y de cooperativas, pasando por las llevadas a cabo en las empresas convencionales, de cogestión, comités de empresas, grupos autónomos, círculos de calidad, participación en la propiedad, así como de participación en los procesos de planificación de carácter general (Castillo, 1987; Dorado, 1976; Himmelstrand, 1987; Montero, 1987; Pool, 1995: 12-20; Seifert, 2017; Tezanos, 1987), hasta innumerables estudios e investigaciones, llegándose a afirmar que «apenas existe un solo estudio en toda la literatura que no demuestre que la satisfacción en el trabajo aumenta, o que se produzcan otras consecuencias generalmente admitidas como beneficiosas cuando se incrementa el poder de decisión de los trabajadores» (Blumberg, 1968: 123)⁶.

Sin embargo, a la hora de introducir en las empresas capitalistas formulas de participación, se suelen encontrar obstáculos estructurales y funcionales relativos a la relación propiedad-poder y, en este contexto, a las formas que adopta el poder ejercido por los directivos. Aunque los sentimientos de propiedad tradicionales se han ido modificando progresivamente, estos se han visto sustituidos por la idea de que los directivos de la empresa, pro-

⁵ Se suele reconocer que, a nivel de empresa, la concentración del poder decisorio puede entrañar consecuencias sociales indeseables. En condiciones competitivas tales problemas se pueden agravar por la probabilidad de que las personas sin escrúpulos accedan a los puestos de control: «los procesos de selección para los puestos de autoridad favorece a los despiadados ávidos de poder» ya que en un medio competitivo las personas escrupulosas resultan excluidas, dejando los premios a los miembros más despiadados y menos humanitarios de la sociedad. Por ello, la necesidad de una participación genuina y de un compromiso activo por parte de la mayoría se convierte en algo absolutamente esencial si quiere que tales circunstancias no tengan repercusiones humanas y sociales adversas. (Pool, 1995:17) Citando a: Andreski (1954) *Military Organization and Society*. London: Routledge & Kegan Paul; Musgrove, (1963) *The Migratory Elite*. London: Heinemann.

⁶ Citado por Pool (1995:18).

fesionales altamente cualificados y normalmente no propietarios, estaban investidos de una pericia indispensable para la organización empresarial eficiente, hasta convertirse en la principal fuente de legitimación de la autoridad de la dirección. Dicha opinión, representa a todas luces para Pool (1995: 218) «un obstáculo fundamental para cualquier sistema pleno de participación y control de los trabajadores».

2. *¿De quién es la Empresa?*

A esta pregunta pretendía dar respuesta un librito publicado por ZYX en 1964, en su primera edición (Rovirosa, 1970), de donde vamos a extraer algunas reflexiones correspondientes a M. J. Gondry⁷, que parecen muy oportunas.

«En el derecho natural existe un derecho fundamental, anterior a todo derecho de propiedad, que es el derecho que tiene toda persona a usar de los bienes de la tierra». Inmediatamente después viene el derecho natural a la propiedad privada, considerada como «medio externo indispensable para la libertad de las personas», de modo que la propiedad constituye una prolongación de la persona. Esta propiedad tiene dos notas que la caracterizan: 1) La cosa está íntimamente ligada a la persona del propietario, y se convierte en bien «propio» de dicha persona; 2) El propietario goza de una amplia libertad en el uso de dicha cosa.

Cualquiera que sea su definición, la empresa consiste siempre en un conjunto de elementos: personas, medios de producción materiales y medios de producción inmateriales, combinados unos con otros de manera que constituye una unidad económica autónoma, que pone a disposición de la sociedad bienes o servicios. Como tal unidad, adquiere vida propia, que no se identifica con la de las partes que la componen, que pueden ser renovadas, modificadas, sustituidas..., sin que el todo deje de subsistir como tal. Una realidad así, por su propia naturaleza, no es susceptible de apropiación; únicamente pueden ser objeto de un derecho de propiedad sobre los bienes incluidos dentro de esta realidad que es la empresa. Uno puede estar investido del derecho de controlar o de dirigir una empresa, pero nadie puede ser propietario de ella, de la misma manera que no se puede ser propietario de una familia, de un Estado (o de un club de fútbol, digo yo).

⁷ Gondry. M. J (1963) *La Revue Nouvelle*. Bruselas. Citado por Rovirosa (1970) p. 20.

Para analizar en poder [relación propiedad (de los medios de producción)-poder] distingue entre la *función capitalista* y la *función de dirección*.

La *función capitalista* puede visualizarse de manera particular en las grandes sociedades anónimas que cotizan en bolsa, cuyo capital suele estar distribuido entre innumerables accionistas, en su mayoría con un porcentaje mínimo y, por consiguiente, con un peso de voto insignificante, por lo que el papel de la mayor parte de los accionistas se limita a aportar capital y correr ciertos riesgos patrimoniales, excluida cualquier participación en la gestión.

La ley atribuye la propiedad de los medios de producción a la sociedad que los accionistas han constituido. Los accionistas inicialmente propietarios de los medios o los capitales pierden dicha propiedad cuando los aportan a la sociedad, en contrapartida reciben acciones que les dan ciertos de derechos en la sociedad. En el plano legal la propiedad ha sido transferida a la persona jurídica y el accionista ya no tiene ningún derecho de propiedad sobre los medios de producción. Ahora es propietario de unas acciones. El Balance traduce admirablemente esta situación dando la personalidad a la empresa, los bienes y capitales aportados por los accionistas se convierten en recursos propios, asignando el Capital al Pasivo como una deuda que se tiene con los accionistas.

En el plano del Derecho Natural, continúa, también existe una transferencia del derecho de propiedad. Al concederse a los directores de la empresa el derecho de escoger el destino de los bienes y capitales aportados, el accionista no solo ha cedido el ejercicio de sus derechos, sin también uno de sus atributos esenciales (la libertad de escoger el uso o destino de la cosa). En definitiva, la elección de la manera de emplear, combinar y orientar el conjunto de los recursos de la empresa (también los «recursos humanos») está indisolublemente ligado a la función de dirección, la cual implica ejercicio del poder sobre las personas (mando) y sobre las cosas (propiedad). El poder del accionista que no ejerce la función de dirección queda limitado a la opción de vender, que si se hace de manera masiva puede tener repercusiones importantes sobre la empresa.

En la *función de dirección*, a medida que la empresa se va haciendo más compleja, la dirección y las decisiones implican a un número cada vez mayor de personas (la función de dirección tendrá también una composición compleja). Todos los que participan en la elaboración de la decisión, desde la iniciativa hasta la decisión propiamente dicha y su ejecución (servicios técnico, de estudios, económico financiero, jurídico, escalones subordina-

dos que intervienen en el curso de la ejecución,...) contribuyen en el destino que se dará a los diversos bienes.

La forma de poder ejercido sobre los bienes y los medios de producción de la Empresa, por todos los que participan en la función de dirección, corresponde a la noción de «*propiedad institucional*», caracterizada porque: a) la cosa ya no está ligada íntimamente a una persona determinada, sino a ciertos individuos estrictamente definidos que únicamente pueden usarla; y b) aquel o aquellos que son responsables del objeto de propiedad, no disfrutan de ninguna verdadera libertad respecto a dichos objetivos, son más bien sus servidores. La libertad de que disponen no es con vistas a la realización de sus fines personales, sino con vistas a la realización de los objetivos propios de la empresa. «La empresa domina la propiedad». «La empresa es la propietaria institucional de sus bienes», «el hecho de que la ley atribuya la propiedad de los medios de producción a la sociedad de capitales corresponde al hecho de que en el régimen capitalista institucionalizado en Occidente, la dirección de la empresa viene atribuida a la sociedad de capitales y que los dirigentes de ésta son *ipso facto* dirigentes de la empresa misma»⁸.

Por otra parte, cuando determinados accionistas participan al mismo tiempo en las funciones de dirección de la empresa, como suele ocurrir en muchas empresas pequeñas y familiares, la función capitalista y la función de dirección siguen siendo, por naturaleza, dos funciones distintas. La primera corresponde al ejercicio de los derechos de propiedad privada, cuyo objeto son las acciones; derecho que se ejercen en función de las necesidades privadas o familiares de sus titulares, La segunda implica un ejercicio, en nombre y por cuenta de la empresa de los derechos de propiedad institucional que está última tiene sobre los bienes aportados a ella⁹.

La evolución económica provoca una disociación de la propiedad, que se disgrega entre propiedad de las acciones, que permanece en manos de los accionistas, y la propiedad de los medios de producción que corresponde a la empresa. En las relaciones de la empresa con el exterior esto no suele provocar ningún problema. Sin embargo, en el interior los dirigentes ya no son los mandatarios de los accionistas, cuyos bienes admi-

⁸ A lo que cabría preguntar: ¿quién controla eso, los verdaderos intereses de la empresa?; ¿quién ejerce el poder efectivo en la empresa?

⁹ Ejercicio que, entre nosotros, contempla la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, art. 2.1 a, ET, desarrollado por RD 1382/1985, de 1 de agosto.

nistran, sino gerentes del patrimonio común de la empresa, que han de administrar según la racionalidad económica propia de la naturaleza de la empresa, «pero teniendo en cuenta las aportaciones y los intereses de todos los miembros que la integran, tanto de los que aportan trabajo como de los que aportan capital». De acuerdo con dichas propuestas teóricas, el problema de la autoridad y el de la participación en las responsabilidades y en los resultados se encuentran, según el autor, también clarificados.

De acuerdo con tales postulados, la distinción entre propiedad privada y *propiedad institucional*, así como de *gestión capitalista* y de *dirección*, nos parece muy útil y que puede hacerse visible incluso si las llevamos al extremo del trabajo autónomo, donde las dos facetas aparecen más unidas, así parece lo ha entendido el legislador en la delimitación del «Emprendedor de Responsabilidad Limitada»¹⁰; o a las cooperativas en general, mediante la separación entre las necesidades particulares de los socios y las propias de la empresa constituida para satisfacerlas (representadas en el caso de Eroski por los socios de trabajo)¹¹

Si eso es así, desde aquella perspectiva, la legitimidad para participar estaría vinculada a los «objetivos de la empresa» (a su consecución), con la participación, coincidencia o involucración en dichos objetivos, que no son solo de rentabilidad, sino también de continuidad y permanencia, crecimiento y perfeccionamiento. Este planteamiento nos sitúa en el ámbito del concepto de «Empresa de Participación» (García-Gutiérrez, 2002) «La empresa de participación es una organización en la que lo que confiere poder de decisión para establecer los objetivos de la empresa, es decir, para tener la condición de socio, es precisamente la participación, como protagonistas, promotores, actores, en el proceso de producción-distribución de

¹⁰ Arts. 7-11. *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, donde el patrimonio «personal», queda separado del sujeto a la actividad.

¹¹ Estatutos Sociales. Artículo 50. Composición de la Asamblea General de Delegados. El número de Delegados elegidos para la Asamblea General será como máximo de 500, correspondiendo el 50% de Delegados a los socios de consumo y 50% a los socios de trabajo. Artículo 56. Composición del Consejo Rector. Uno. El Consejo Rector estará compuesto por doce titulares elegidos por la Asamblea General. En orden a la elección de los componentes del Consejo Rector, éste estará compuesto por seis representantes de los socios consumidores y seis representantes de los socios de trabajo. La elección de suplencias guardará la misma relación. Los socios de trabajo no podrán presentarse como candidaturas para el Consejo Rector como representantes de los socios consumidores, ni éstos de aquéllos.

bienes y servicios, que permiten pasar de su condición de factores a la de productos, respectivamente, como proveedores de unos y/o como consumidores de los otros». En estas empresas, las personas y sus intereses en el proceso de producción y distribución se superponen al capital.

3. *Participación en la empresa en el relato constitucional*

Los principios y valores contenidos en el art. 1.1. CE, que declara a España como un *Estado social y democrático de Derecho*, y que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la *libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*, contienen los elementos fundamentales para la construcción de una «democracia económica», incluida la participación en el trabajo, dentro de una democracia plena, cuya tarea se encomienda a los poderes públicos, con carácter general, en el art. 9. 2, mediante el mandato de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social», y, con carácter específico, en el art. 129.2 (Cruz, 1992; Durán, 1997; Prados, 1996; Villa, 1980), donde les ordena promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa, fomentar las sociedades cooperativas y establecer los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, que vienen a ser, por tanto, mecanismos específicos por medio de los cuales deberá realizarse la función integradora que, con carácter general, el artículo 9.2 de la Constitución encomienda realizar a los poderes públicos.

Determinados aspectos de la idea de participación relativos a la empresa y al «acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción», se sitúan en el modelo socio-económico seleccionado por la Constitución, anclado en los principios de «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38) y su relación con «el derecho a la propiedad privada y a la herencia» (art. 33.1), con las limitaciones implícitas en la declaración de la «función social de estos derechos» (art. 33.2) y la proclamación de que «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general» (art. 128.1).

La propiedad, ha pasado de entenderse como el derecho individual y personal por antonomasia del Estado liberal clásico a articularse como una institución jurídica objetiva, cargada de limitaciones impuestas por la función social a la que se encuentra sujeta, como lo tiene reconocido la constante jurisprudencia. Así, el TC (STC 37/1987, de 26 de mayo), acotando

el concepto constitucional de la propiedad privada, señala que «su contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida, no como mero límite externo a la definición de su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo». En concordancia con este artículo, el art. 128. 1, va más allá de la propiedad privada y establece que toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. La interconexión de ambos se hace patente en el artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn que dispone que «la propiedad obliga y su uso debe servir al mismo tiempo al bienestar general» (Congreso de los Diputados, 2011: Sinopsis arts. 33, 128).

Por su parte, el art. 38 que reconoce la libertad de «empresa» en el marco de la economía de mercado (que no se debe interpretar como *derecho de clase*, sino *general* que afecta a todos los ciudadanos, y *abierto a formas no capitalistas*, y *tampoco* solo como fundamento del poder de dirección, sino abierto a modelos no autoritarios), también establece que «los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso, de la planificación». Al respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia TC 37/1987), señala que esta disposición constitucional garantiza el ejercicio de la libre empresa al tiempo que la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, entre las que hay que incluir las que pueden imponerse en virtud de *determinados* bienes o principios constitucionalmente protegidos. La libertad de empresa debe ejercerse en el marco de la economía de mercado, entendida como la «defensa de la competencia y no como una restricción de la libertad económica» (STC 1/1982, 208/1999), dicha libertad se halla relacionada con la necesaria unidad de la economía nacional y la exigencia de que exista un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de coordinación de la planificación general de la actividad económica (SSTC 96/1984, 64/1990 y 118/1996). Además, la libertad de empresa es no sólo un corolario de lo que hemos denominado «Constitución económica» sino sobre todo una garantía de las relaciones entre empresarios y trabajadores, sin que suponga limitación alguna a los *derechos fundamentales* de estos últimos (no solo los laborales) (SSTC 88/1985, 80/2001, 20/2002 y 75/2010). Es decir, el sistema de participación en la empresa se dibuja sobre la base de la propiedad privada de los medios de producción y se integran dentro del contexto socio-económico que los artículos 33 y 38, con el 128, configuran en la Constitución. Mientras que el

mandato de establecer «los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción», coincide materialmente con el concepto de participación, al que identifica con la propiedad de la empresa (Congreso de los Diputados, 2011: Sinopsis art. 38).

En realidad el artículo 129, corolario del artículo 9.2 y del Estado Social y Democrático de Derecho, ofrece amplias posibilidades, tanto en la selección de los mecanismos de participación como en la determinación cualitativa de los mismos. La propiedad diseñada en la Constitución es, por virtud del artículo 129, una propiedad que «tiene que aceptar» un principio de participación; la empresa, cualquiera que sea su diseño y su regulación jurídica, tiene que aceptar esa realidad de participación. La misma idea de democracia será, necesariamente, una idea y un sistema de participación a todos los niveles. Esto es, se trata de aceptar que, por virtud del artículo 129, la participación se impone como un imperativo constitucional (Congreso de los Diputados, 2011: Sinopsis art. 129).

II. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

1. *Democracia y empresa*

De cara a situar la participación de los trabajadores en una posición correcta, es preciso plasmar primero la de la empresa en el contexto social, acercándose a ella desde una perspectiva lo más global y dinámica posible, considerando los elementos reales y actuales internos y externos.

1.1. **Papel social de la empresa**

La empresa es una instancia básica de integración social, económica y de socialización. Se trata de una organización en la el individuo se integra (art. 9.2 CE) y a través de ella en la sociedad¹², adquiere independencia económica, contribuye a su desarrollo personal, su formación, a la interacción con otras personas, etc.

La empresa es también una organización de intervención social, económica y «medioambiental». Como tal, actúa como empleador y como agen-

¹² Como tales se recurre a las empresas de inserción. *Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.*

te económico de distribución de la renta, incidiendo en el mercado de trabajo y en la calidad de éste o su precarización. Interviene en la producción, transformación y distribución de bienes y servicios, con poder sobre el uso y disposición de los recursos, a veces sujetos a limitaciones (sanitarias, ecológicas, medioambientales, sobre bienes protegido, etc.) y susceptibles de ser planificadas (art. 131 CE), (Pool, 1995: 227), también sobre el consumo y las necesidades humanas.

Por todo ello, las actividades de las empresarial, cualesquiera que sean, no son en general neutrales a la vida de los ciudadanos, ni dejan de afectar a su entorno, entendido éste en su sentido más amplio, dicho de otra manera, forman parte del medio en el que las personas se tienen que desenvolver, protegido por el art. 45 CE.

En las empresas, en general, el poder, la legitimidad exclusiva sobre la propiedad (titularidad) de los «frutos del trabajo», los bienes o servicios producidos por la organización, los beneficios, la toma de decisiones que abarcan estrategias y de gestión, incluyendo el poder de dirección del proceso productivo, están atribuidos al capital (propiedad de los medios de producción). De dicha legitimidad quedan excluidos otros actores, que, no obstante, ostentan ciertos derechos frente a la empresa, o su actividad, (trabajadores, pero también otros, como los consumidores, la comunidad próxima a la explotación y la sociedad en general, los proveedores, otros aportantes de financiación, etc.), muchas veces en situaciones de vulnerabilidad y dependencias, que, en determinadas ocasiones, se pretenden corregir a través de mecanismos voluntaristas de *Responsabilidad Social Empresarial* o «buenas prácticas» (Landa, 2017:33).

En la actualidad los trabajadores, tanto por sus conocimientos de las tareas concretas individuales como, en muchos casos, de los procesos integrados complejos de la empresa, están dotados de capacidad de comprensión suficiente sobre la totalidad de la empresa, por lo que se encuentran en disposición de poder decidir (participar en las decisiones) las mejores opciones para los «interés de la empresa», en cuanto a garantizar su permanencia y su perfeccionamiento, coincidentes en muchos casos con los suyos personales en cuanto garantía de permanencia, estabilidad y mejoramiento de las condiciones de trabajo. En mayor medida, como se ha demostrado, que muchas decisiones gerencias basadas en los intereses de los directivos, con resultados trágicos para los propietarios, los trabajadores, la continuidad de las empresas, los consumidores, los mercados y el medioambiente. Ello nos situaría en un escenario en el que pueden coincidir las vía para satisfacer los intereses de propietarios (accionistas no especulativos), consumidores y trabajadores. Es posible que también los de

la sociedad en general, el *bien común*. Solo su posibilidad, hace necesario reformular las interrelaciones de poder y promover una gran coalición de intereses que tome las riendas del control democrático de las actividades productivas.

1.2. Requisitos formales para la participación de los trabajadores en la empresa

Los sistemas de relaciones laborales y los mecanismos de protección de los trabajadores se han construido a partir los conceptos de: Trabajador, sobre la base de la subordinación y la dependencia; Empresa/empresario, como organización para la producción y/o distribución de bienes y servicios, titular del poder de dirección, de los medios de producción y de los resultados de esta; y el contrato de trabajo por cuenta ajena.

De tal manera que, sin la concurrencia de tales elementos, no hay objeto ni sujeto de protección. Lo que significa que muchas realidades sociales, actuales y permanentes, quedan fuera de la protección (no se considera trabajo).

En estos momentos nos encontramos con nuevas realidades sociales que están desbordando los «viejos» conceptos: «Desaparición» de la empresa tradicional (nuevas formas organizativas de intermediación trabajo-mercado) y «nuevas» formas de «trabajo» y de relaciones de trabajo (Trillo, 2016), sin trabajador, en el sentido jurídico estricto; sin empresa/empresario (empleador) y sin contrato de trabajo.

Si a todo eso se le unen otras realidades como la de los «falsos autónomos», la temporalidad, además de gran implantación de pequeñas y micro empresas, que en su conjunto afectan a miles de trabajadores (personas que trabajan), habrá que ir pensando a través de qué mecanismos todos pueden participar. Ya que para que exista una participación efectiva, es necesario, por una parte, una realidad organizativa productiva con cierta dimensión (institucionalizada y permanente); y por la otra, una relación de «cierta» estabilidad y permanencia por parte de los trabajadores.

2. Conceptos formales de la participación de los trabajadores

El término «participación de los trabajadores» no tiene, en los diversos sistemas nacionales de relaciones laborales, un significado unívoco ni claro, como tampoco lo tienen los conceptos afines de «democracia industrial» y «democracia económica», con los comparte algunos principios y

elementos, que algunas veces se utilizan indiscriminada e inapropiadamente como sinónimos (Arrigo y Casale, 2010: 2).

La definición de «participación de los trabajadores», incluye diversos conceptos y disciplinas que se corresponden a diferentes grados de colaboración con los gestores, que adquieren importancia en cualquier sistema de administración del trabajo y de relaciones laborales. Cualquiera sea la vía de implementación (ley y/o contrato), en la mayoría de los países la participación está basada en las diferencias en el reparto de papeles y poderes entre empleadores y trabajadores, cada uno con sus propias responsabilidades, y que genera un involucramiento más directo de los trabajadores (y/o de sus representantes) en las decisiones de la compañía. La «participación de los trabajadores» es, por consiguiente, una categoría amplia y compleja, que incluye técnicas y conceptos normativos, a través de los cuales los trabajadores, principalmente mediante sus representantes colectivos, pretenden influenciar ciertas decisiones tomadas por sus empleadores y también, a veces, compartir algunas de las consecuencias económicas y financieras de estas decisiones. Otra interpretación, centrada en aspectos sociales más generales, ve la participación de los trabajadores respecto a la «posibilidad» y las experiencias, dirigidas a «modificar o mejorar su relación y sus condiciones de empleo y, en muchos casos, también sus condiciones socio-económicas en la sociedad». En este segundo enfoque, de más amplio significado, la participación también incluye la negociación colectiva (especialmente a nivel de la empresa), entendida como un instrumento que puede condicionar las decisiones y funciones de la empresa. Sin embargo, este concepto de participación «todo incluido», no encuentra gran consenso entre los especialistas (Arrigo y Casale, 2010: 6).

En la terminología que se utiliza en la OIT, la expresión «participación de los trabajadores» está referida a «participación de los trabajadores en la toma de decisiones en el ámbito de la empresa», «dentro de las empresas». Por lo tanto, para la OIT, al relacionar la participación con la toma de decisiones, excluye, por ejemplo, los planes de participación de los trabajadores (involucramiento) en los resultados de la empresa, tales como las diversas formas de participación en los beneficios (Arrigo y Casale, 2010: 11).

Por su parte, conforme a las Directivas 2001/86 y 2003/72 de la UE, participación significa la influencia del organismo representante de los trabajadores y/o de los representantes de los trabajadores en los asuntos de la compañía mediante: el derecho a elegir o designar a algunos de los miembros del órgano administrativo o de vigilancia de la compañía, o el derecho de recomendar y/o oponerse a la designación de algunos o de to-

dos los miembros del órgano administrativo o de vigilancia de la compañía. (Monereo; Fernández; García; Maldonado, 2007).

En todos los estudios e investigación comparativos que se viene realizando (Arrigo y Casale, 2010: 11-13), se aprecia, en la mayoría de los países, una tendencia común de los trabajadores y sus representantes a estar cada vez más relacionados en la toma de decisiones a nivel de la empresa. De la misma manera, aunque el debate está abierto, se ha estado generando una forma de cambio cultural por parte de los representantes de los trabajadores y los sindicatos, también existe una mayor conciencia sobre la internacionalización de las estrategias de la compañía, y mayor información sobre las relaciones laborales y las condiciones de trabajo, así como de las nuevas modalidades implantadas en todos los países. Hechos que están creando una nueva mentalidad de participación, que trasciende a los países de la OIT.

Los estudios también indican que la participación de los trabajadores se aplica de muy diversas maneras en los diferentes Estados, a través de disposiciones legislativas y/o convenios colectivos. Su análisis comparativo permite apreciar que la activación de los procesos participativos es más efectiva y significativa en los sistemas (sean nacionales o «regionales», tales como la Unión Europea) que adoptan disposiciones legislativas *ad hoc*, que son concertadas y se vuelven más efectivas mediante medidas de apoyo adecuadas en la esfera político-institucional. Dichas medidas frecuentemente implementan los acuerdos alcanzados por los interlocutores sociales a través de las consultas. Las formas de regulación de la participación de los trabajadores en la dirección de las empresas por medios legislativos tienen una función estabilizadora importante, ya que coloca los procedimientos de información, consulta y negociación en una posición objetiva y mayormente obligatoria. En un gran número de sectores económicos, dichos procedimientos ya han sido establecidos con cierta frecuencia a través de la negociación colectiva. Para este tipo de empresa, las nuevas formas de representación, generalmente, se adoptan conjuntamente con las formas tradicionales.

III. MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

1. Formas de participación experimentadas e iniciativas para llevarlas a cabo

La participación de los trabajadores en la empresa es ya un fenómeno universal presente en la casi totalidad de los sistemas de relaciones labora-

les, cuyas prácticas y modelos nacionales recopilan y presentan por orden alfabético Arrigo y Casale (2010). Las principales formas de participación que se han ido presentando a lo largo del siglo veinte, con distinto alcance, intensidad y grado de involucración por parte de los trabajadores, son analizadas y explicadas por Pool (1995), que las divide en cuatro grupos: a) Las iniciadas por la dirección de las empresas; b) Las surgidas por iniciativa de los propios trabajadores; c) Las impulsadas por los sindicatos; y d) Las implantadas a través de la legislación.

a) *Modalidades de participación surgidas por iniciativa de la dirección de las empresas* (Pool, 1995: 55-108, 218-219). Muchos empleadores guiados por la búsqueda de eficiencia y de su propio interés se ha mostrado dispuestos a renunciar a algunas de sus prerrogativas en el proceso de toma de decisiones a cambio de un mayor nivel de productividad, de la aceptación del cambio, de sistemas de trabajo flexibles y de unas relaciones laborales relativamente poco conflictivas. Los programas implantados, unos han sido de participación directa y otros de participación indirecta.

Participación directa:

1. Intentos graduales de aumentar la producción y la eficiencia reduciendo a la vez la conflictividad laboral y aumentando la satisfacción de los trabajadores a través de la participación en grupos de trabajo, ejercicios de «participación total» y círculos de calidad.
2. Suministro de información sobre aspectos relevantes de la empresa.
3. Alternancia de tareas, ampliación de la ocupación y enriquecimiento de tareas: programas de calidad de la vida laboral.
4. Programas de sugerencias.
5. Facilidades para el acceso a «empleado-accionista» y a la condición de socio, «Partnership» y sistemas de participación en los beneficios.

Participación indirecta o representativa:

1. Comités consultivos conjuntos, que permite a los trabajadores la discusión de asuntos que les afectan, antes de que la dirección, exclusivamente, tome la decisión.
2. Comités específicos de productividad, bienestar y seguridad, administración de distintos fideicomisos, fondos y planes de pensiones profesionales.
3. Negociación de la productividad y valoración de tareas.

b) Modalidades de participación surgidas por iniciativa de los propios trabajadores (Pool, 1995: 109-159, 219). Estas iniciativas han oscilado en cuanto a su alcance entre prácticas limitadas de grupos de trabajo, hasta programas ambiciosos en los que el control por parte de los trabajadores se planteaba como un medio para transformar el orden social. Estos experimentos tuvieron su explosión cargada de idealismo e imaginación durante las décadas de 1960 y 70, pero decayeron a partir de la de los 80. Lo que no es aplicable, de forma universal, al movimiento de cooperativas de trabajadores, que se ha desarrollado de forma anti cíclica en respuesta a las situaciones generadas por las recesiones económicas.

Participación y control directos.

1. Control por parte de los grupos de especialistas de las horas y condiciones de trabajo.
2. Demarcación y control de los «derechos en el puesto de trabajo».
3. Grupos de trabajadores que controlan las tareas de trabajo inmediatas.
4. Cooperativas de trabajadores.

Participación y control indirectos.

1. Control de los trabajadores, sindicalismo y «unionismo industrial» y «socialismo gremial». En general, el término «Control de los trabajadores» se ha utilizado para denominar una serie de prácticas de distinta naturaleza con el objetivo de sustituir el sistema industrial capitalista por un orden industrial nuevo en el que las empresas del país estaría bajo el control, total o parcial, de las asociaciones de los trabajadores empleados en las mismas.
2. Movimientos de enlaces sindicales y otros sistemas de representación de los trabajadores en la empresa, con ciertos poderes decisorios a nivel de centro de trabajo (Reino Unido).
3. Ocupaciones, encierros y apropiaciones de fábricas.

c) Modalidades de participación impulsadas por los sindicatos (Pool, 1995:159-182, 219-220). En general las iniciativas de la dirección y de los trabajadores no sindicalizados han sido acogidas con cierta reticencia. Los dirigentes sindicales han intentado normalmente ampliar su influencia a través de la negociación colectiva, aunque también se han utilizado mecanismos paralelos.

1. Negociación colectiva.
2. Acuerdos sobre nuevas tecnologías.

3. Secciones sindicales en las empresas.
4. La «propiedad sindical» (Israel).
5. «Sindicalismo bajo el socialismo». Modelos de participación en las economías planificadas vinculados con los sindicatos (URSS, RDA).

d) *Modalidades de participación implantadas por iniciativas políticas a través de la legislación* (Pool, 1995: 183-215, 220). Las investigaciones internacionales sugieren que junto a la acción sindical, la legislación constituye la vía más eficaz para extender la influencia e implicación de los trabajadores en la toma de decisiones en las empresas Arrigo y Casale, 2010: 12).

1. Comités de empresa.
2. Codecisión y otros programas de «trabajadores consejeros» (Cogestión alemana)
3. La autogestión y los sistemas de comités de trabajadores (Yugoeslavia).

2. Propuesta de sistematización

Aquí no se trata de recopilar las modalidades o experiencias existentes, ya expuestas, y analizadas en Pool (1995) y Arrigo y Casale (2010), sino de una exploración de las posibilidades que ofrece la participación y su presentación de manera sistematizada. Al respecto, el diccionario de la Lengua española engloba en la palabra *participar*¹³, los elementos o los ámbitos que proponemos contemplar: Tomar parte en algo; Recibir una parte de algo; Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos. En definitiva, ser parte en la *actividad, propiedad, gestión y resultados*.

Los trabajadores participan en la actividad mediante su trabajo personal a cambio de un salario, pero no participan en el resto de los ámbitos que incluyen el término participar. Analizar las distintas modalidades de participación de los trabajadores en la empresa implica hacer el ejercicio de indagar las vías para ampliar su participación a todos los ámbitos, teniendo en cuenta

¹³ Participar (Del lat. *Participāre*):

1. intr. Dicho de una persona: Tomar parte en algo.
2. intr. Recibir una parte de algo.
3. intr. Compartir, tener las mismas opiniones, ideas, etc., que otra persona. Participa de sus pareceres.
4. intr. Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos.
5. tr. Dar parte, noticiar, comunicar.

que la propiedad o la dirección de la empresa tienen el monopolio de la legitimidad y el poder en los ámbitos laboral, societario y económico.

Las formas de corregir, o limitar ese monopolio (de legitimidad), radican en obtener una cuota de dicha legitimidad por parte de los trabajadores de la empresa, a ser posible mediante su reconocimiento como derecho, ya sea compartiendo el capital o directamente compartiendo con éste, como miembros de la empresa, la legitimidad para participar en determinadas parcelas de la vida empresarial, a través de:

- a) El acceso a la propiedad. Mediante fórmulas de accionariado o capital asalariado. Esto se puede plantear, a partir de la empresa, en la búsqueda de mayor implicación, corresponsabilización y lealtad de los trabajadores con la empresa. En definitiva, significa compartir el capital y, como consecuencia de ello, los derechos que llevan aparejados. Aquí la cuestión radica en legitimar a su vez, convirtiendo en un derecho, el acceso del conjunto de los trabajadores a dicha propiedad. De otra forma no pasaría de la mera anécdota, ya que en una gran cantidad de empresas existen mecanismos que permiten, con carácter general, este acceso a cualquier persona.
- b) Legitimando al trabajo para participar en los resultados de la empresa. Mediante el reconocimiento de que efectivamente (es propietario) está legitimado para percibir parte de la plusvalía, que le corresponden por su participación en el proceso productivo. Aquí, también esto se puede (se suele) plantear como una incentivación para incrementar la productividad y conseguir un mayor compromiso del trabajo con los objetivos de la empresa.
- c) Legitimando al trabajo para participar en la toma de decisiones (como derecho individual o colectivo).

La incorporación de dichas prácticas exige ciertas medidas (necesarias) de transformación interna de la empresa (sociedad), que pueden ser:

- 1. Estructurales. Implica ajustar ciertas estructuras de la empresa (sociedad).
 - a) Capital. División, en su caso del capital, en acciones y participación de la «clase laboral».
 - b) Contable. Mediante la asignación al trabajo de una parte (un porcentaje) de los resultados.

- c) Órganos de administración dirección y control. Estableciendo cuotas de participación, mecanismos de designación de representantes de los trabajadores y sus derechos (de voto y otros).
- 2. Organizativas y de gestión y control. En el ámbito de la producción y la organización del trabajo, mediante la implantación de:
 - a) Sistemas de trabajo participativos.
 - b) Institucionalización de mecanismos de información, consulta, vigilancia y control.
 - a. Económico financiero.
 - b. Políticas de personal y organización del trabajo.
 - c. Políticas de producción y comerciales.
 - d. Prevención y riesgo profesionales.
 - e. Asuntos sociales y asistenciales.

La implementación de las diversas formas de participación se puede llevar a cabo a través de distintas vías:

1. Legislación y concertación social. Legislación *ad hoc*, o mediante la incorporación de medidas participativas en normas de carácter general (ET, LSC, por iniciativas políticas o como resultado de la concertación y el diálogo con los interlocutores sociales.
2. Negociación colectiva. Lo que incluye además de los convenios colectivos propiamente dichos, acuerdo generales interconfederales de ámbito nacional fruto del Dialogo Social¹⁴, acuerdos sectoriales, territoriales o de empresa.
3. Acuerdos societarios (estatutarios). Por propia iniciativa empresarial o como resultado de la acción sindical, de la negociación colectiva a nivel de empresa o de acuerdos específicos con el personal.

Modalidades concretas de participación de los trabajadores en la empresa:

1. *Participación en la propiedad de la empresa* (lo que implica la participación en la toma de decisiones-gestión y en los resultados). En las

¹⁴ Como se viene haciendo desde hace años. El vigente: *III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015-2017* (III AENC), firmado por CCOO, UGT, CEOE y CEPYME el 8 de junio de 2015.

Sociedades Cooperativas la gestión es gestión democrática y la distribución de resultados en proporción al trabajo; mientras que en las Sociedades de Capital, incluidas las laborales, la participación en la gestión y en los resultados se realiza en proporción a la participación en el Capital.

- a) Propiedad y control exclusivo por parte de los trabajadores. Cooperativas de trabajo, que no hayan optado por abrir el capital a personas extrañas con derechos de voto y participación en los resultados¹⁵; Así como las sociedades laborales, de derecho y de hecho¹⁶.
- b) Propiedad y control mayoritario. Aquellas en las que el capital y los derechos de voto están por encima del 50% en manos de los trabajadores. Cooperativas con inversores extraños con derechos de voto y de participación en los resultados; sociedades laborales, de derecho y de hecho, con socios de capital.
- c) Propiedad y control minoritario. Aquellas en las que los trabajadores participan en el capital y en los derechos de voto por debajo del 50%. No se trata ni de cooperativas de trabajo ni de sociedades laborales, sino de cualquier sociedad en la que sus trabajadores participen en su capital, ya sea de forma ordenada y estructurada o no.
 - a. Con reserva de un determinado porcentaje del capital, o no, pero con mecanismos ordenados de adquisición y transmisión.
 - b. De manera no estructurada, como resultado de la libre adquisición, fruto de una oferta, como premio o como una forma de hacer efectiva la distribución de beneficios.

¹⁵ La Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas, introduce la barbaridad de la «Persona inversora» (art. 25) «aquellas personas susceptibles de ser socias que realicen las aportaciones al capital que determinen los estatutos, o en su defecto la Asamblea General, y que no desarrollen la actividad cooperativizada.»... «Los inversores o inversoras tendrán voz y voto en la Asamblea General»... «alternativamente a la remuneración en forma de interés, se podrá destinar hasta un cuarenta y cinco por ciento de los resultados positivos anuales a su distribución entre los inversores e inversoras en proporción al capital desembolsado, en cuyo caso, estos soportarán las eventuales pérdidas del ejercicio en la misma proporción, hasta el límite de su aportación comprometida».

¹⁶ Aquellas que reúnen los requisitos para ser calificadas como tales, pero no lo están. Véase Capítulo III. *Las sociedades laborales no calificadas como base del concepto de sociedad participada.*

2. *Participación en los resultados de la empresa.* Los trabajadores, sin ser socios ni tener ninguna participación en financiación de la empresa, adquieren el derecho a recibir una participación en los beneficios, no se trata ya de una remuneración al capital, sino al trabajo, al que se le asigna una determinada proporción de los mismos. Las formas de llevarla a cabo pueden ser variadas:
 - a) Distribución efectiva. Paga de beneficios.
 - b) Distribución de acciones o participaciones.
 - c) Creación de fondos (p.e. de cara a la jubilación).
3. *Participación en la gestión de la empresa.* Significa que los trabajadores, individualmente o de forma colectiva, adquieren el derecho a participar (tener voto) en las decisiones importantes de la empresa, de dirección y estrategias. La legitimidad proviene de la condición de trabajador. Legitimidad compartida capital-trabajo.
 - a) Autogestión. Dirección exclusiva de los trabajadores.
 - b) Cogestión. Dirección compartida. En algunos casos y niveles al 50%.
 - c) Representación de los trabajadores en los órganos de decisión. Dirección participada.
4. *Otras formas de participación y control sin derechos de voto.* Entre las que se encuentran las reguladas en el ET y en la LPRL.
 - a) Comités de vigilancia y control.
 - b) Acción sindical.
 - a. Información y consulta.
 - b. Negociación (abierta o cerrada).

IV. CONCLUSIONES

1. Las ideas sobre la participación en la empresa siempre han estado vinculadas a los ideales de democracia, igualdad, libertad, autonomía y dignidad; así como al derecho inalienable de toda persona, al menos, a opinar sobre todo aquello que le concierne. Extendiendo con ello los ámbitos tradicionales de la democracia política «burguesa» y el concepto de democracia a la participación real en todos los asuntos y a distintos niveles, ampliando, al mismo tiempo los límites

entre la participación directa y representativa. (Democracia industrial, democracia económica, democratización del trabajo).

2. Hoy, tales exigencias siguen vivas, ampliando sus objetivos para hacer frente a nuevos retos, como la globalización de los poderes económicos, la necesidad de dar respuesta a las poblaciones excluidas y la preservación del medio ambiente, que conforma la necesidad de su tratamiento, o respuesta integral en forma de nueva ecología.
3. Desde esa perspectiva, la empresa no puede ser enfocada solo desde las perspectivas tradicionales, donde confluyen conceptos y definiciones jurídicas, económicas, sociológicas, etc., sino que es preciso incorporar al menos dos elementos fundamentales: 1) La empresa, grande o pequeña y cualquiera que sea su modalidad, constituye un primer nivel de integración socioeconómica, lo que incluye fuente para la satisfacción de las necesidades materiales, y de desarrollo personal; y 2) desempeña un papel primordial en la producción y distribución de bienes y servicios, sus decisiones afectan a los trabajadores, pero también a los consumidores, al medio ambiente y los recursos (naturales, culturales y de cualquier otro tipo), y a la sociedad en general.
4. La participación en la empresa, de los distintos intereses que en ella confluyen, encuentran como primer obstáculo la propiedad, que tiene atribuida la legitimidad en el monopolio, no solo en el poder de dirección y disposición sino en la atribución de los frutos del proceso productivo, incluido los del trabajo ajeno, y de sus resultados económicos. Sin embargo, dichos derechos y poderes están limitados legalmente o por otros derechos que los subordinan (arts. 128, 38 CE) y también suponen un límite los derechos laborales, el contrato de trabajo y en general la legislación laboral, las medidas de protección de la salud y seguridad de las personas, sobre animales, el medioambiente o bienes culturales, etc.
5. En muchas sociedades, propiedad (de la empresa) y control están separados, ostentando este último directivos profesionales, a veces con decisiones alejadas del los interés de los propios accionistas (propietarios). Por lo que cabe preguntarse si no estarían, en muchos casos, mejor defendidos los intereses generales de la «empresa» (de propietarios, no especulativos, consumidores y sociedad general) por sus trabajadores, en cuanto a su prosperidad y permanencia. Esto abre también las puertas a una mayor implicación y control social a través

de mecanismos de planificación democrática (prevista en el art. 131 CE).

6. Las vías para corregir ese monopolio de legitimidad, por parte del capital (o la propiedad), son dos: o compartir la propiedad (mediante la participación en el capital) o compartir la legitimidad (no derivada de la propiedad sino de la condición de trabajador) para participar en la toma de decisiones y/o en los resultados de la empresa. La implementación de dichas formas de participación requieren de ciertas transformaciones internas de la empresa, unas estructurales que afecten a la composición de los órganos de participación societarios, a la estructura del capital y contable; y otras organizativas y de gestión y control sobre el trabajo, sobre la implantación de sistemas de trabajo participativos y en el ámbito de la información, la consulta, vigilancia y control (Económico financiera, Políticas de personal, Políticas de producción y comerciales, etc.). Las formas para su implementación pueden ser legislativas, a través de la negociación colectiva o mediante acuerdos societarios (estatutarios).

Bibliografía

- APARICIO WILHELMI, M. «Crisis financiera y recortes de derechos: La austeridad como dispositivo de desposesión constitucional». *Revista de Derecho Social*, 76, 13-38.
- ARRIGO, G. & CASALE, G. (2010). *Una visión comparativa de los términos y conceptos de la participación de los trabajadores*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- BLUMBERG, P. (1968). *Industrial Democracy: The Sociology of Participation*, London: Constable.
- CASTILLO, J. (1987). «La experiencia de autogestión yugoslava». En TEZANOS, J. F. (Ed.), *La democratización del trabajo* (pp. 137-164). Madrid: Sistema.
- CASTRO, R. M. (1987). «La participación obrera en la empresa». En TEZANOS, J. F. (Ed.), *La democratización del trabajo* (pp. 69-86). Madrid: Sistema.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2011). *Constitución Española. Sinopsis artículo: 28, 33, 128, 129*. Recuperado el 6 de septiembre de 2017 de: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/>
- DAWE, A. (1970). «The two sociologies», *British Journal of Sociology*, 21, 207-218.
- DORADO, R. (1976). «La autogestión. Principios, experiencias y perspectivas». *Documentación Social*, 21, 25-54.
- DURÁN LÓPEZ, F. (1997). *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*. Madrid: Civitas.
- ESCUADERO, M. (1987). «La crisis del Estado de Bienestar y la democracia económica». En: TEZANOS, J. F. (Ed.) *La democratización del trabajo* (pp. 53-67). Madrid: Sistema.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M. (2017). «Nuevas, y no tan nuevas formas de trabajo y participación de los trabajadores en la empresa. Hacia una nueva democracia industrial»,

- en el Congreso Internacional «*Democracy and Participation in the 21st Century*» ISA RC10 ULisboa 2017. Publicado en *Noticias cielo*, 2017, 6. Recuperado el 6 de septiembre de 2017 de: http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2017/06/garcia_noticias_cielo_n6_2017.pdf.
- GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C. (2002). «La empresa de participación: características que la definen. Virtualidad y perspectivas en la sociedad de la información». *Revista de economía pública, social y cooperativa (CIRIEC-España)* n. 40. pp. 99-122.
- HIMMELSTRAND, U. (1987). «Participación de los trabajadores y democracia económica en Suecia». En TEZANOS, J. F. (Ed.), *La democratización del trabajo* (pp. 165-188). Madrid: Sistema, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=129&tipo=2>.
- LANDA ZAPIRAIN, J. P. (2017). «Agotamiento del modelo español de doble canal de representación para una eficiente gestión del cambio en la empresa: La co-determinación como posible solución». *Documentación Laboral*, 109, 19-53.
- MASSARI, R. (1977). 2ª. *Teorías de la autogestión*. Bilbao: Zero.
- MONEREO PÉREZ, J. L. & FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. & GARCÍA VALVERDE, M. D. & MALDONADO MOLINA, J. A. (2007). *La Participación de los Trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas*, Navarra: Aranzadi.
- MONTERO, J. M. (1987). «Las experiencias sobre la participación obrera en la empresa. Balance de investigaciones». En TEZANOS, J. F. (Ed.), *La democratización del trabajo* (pp. 87-116). Madrid: Sistema.
- POOL, M. (1995). *Hacia una nueva democracia industrial. La participación de los trabajadores en la industrial*. Madrid: Centro de publicaciones. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- PRADOS DE REYES, F. J. (1996). «Principios constitucionales sobre la participación social: aplicación y desarrollo: artículo 129». En: ALZAGA VILLAAMIL, O. *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Cortes Generales, p. 87-119.
- ROVIROSA, G. (1970). 4ª. *De quién es la empresa*. Algorta: Zero.
- SAÑA, H. (1976). «Fundamentos teórico-históricos de la autogestión». *Documentación Social*, 21, 9-23.
- SEIFERT, A. (2017). «Entre cooperación y conflicto social». *Documentación Laboral*, 109, 55-70.
- TEZANOS, J. F. (1987). «La democratización del trabajo en los umbrales de la sociedad postindustrial». En TEZANOS, J. F. (Ed.), *La democratización del trabajo* (pp. 13-51). Madrid: Sistema.
- (1987). «La democratización del trabajo en los umbrales de la sociedad postindustrial». En: TEZANOS, J. F. (Ed.) *La democratización del trabajo* (pp. 13-52). Madrid: Sistema.
- TRILLO PÁRRAGA F. «Economía digitalizada y relaciones de trabajo». *Revista de Derecho Social*, 76, 59-82.
- VILLA GIL, L. E. de la (1980). *La participación de los trabajadores en la empresa*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

La Participación en el Capital en los Estados Unidos

FRED FREUNDLICH

*Profesor Titular de Empresa Cooperativa
Mondragon Unibertsitatea*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. «EL ESOP» - EL PLAN DE PARTICIPACIÓN ACCIONARIAL DE TRABAJADORES. UNA INTRODUCCIÓN. III. UNA BREVE HISTORIA DEL ESOP. IV. EL ESOP: LOS DATOS ACTUALES. V. MOTIVOS TRAS LA IMPLANTACIÓN DE UN ESOP. VI. EL FUNCIONAMIENTO DEL ESOP. 1. El ESOP «apalancado». 2. Un ESOP no apalancado. VII. LA REGULACIÓN INTERNA DE UN ESOP. 1. Funcionamiento del ESOP: Un resumen de los diez componentes básicos. 2. Funcionamiento del ESOP: Una explicación detallada de los diez componentes básicos. 2.1. Constitución del ESOP. 2.2. Adquisición de acciones. 2.3. Participación en el ESOP. 2.4. Contribuciones al ESOP. 2.5. Asignación de las acciones. 2.6. Transmisión de derechos a percibir las acciones (*vesting schedule*). 2.7. Valoración de acciones. 2.8. Votación de las acciones. 2.9. Diversificación. 2.10. Distribución de las acciones. VIII. EL IMPACTO DEL ESOP EN RESULTADOS EMPRESARIALES. IX. RETOS DEL SECTOR ESOP EN EEUU: VERTIENTES DE LA PARTICIPACIÓN. X. RESUMEN Y CONCLUSIONES. EL ESOP Y SUS VENTAJAS PRINCIPALES. Bibliografía. Anexo: «Bibliografía Científica sobre los Efectos Empresariales del Capital y Otros Recursos». Libros, Artículos y Otros Estudios Científicos. Páginas Web.

RESUMEN: Este capítulo describe la participación de personas trabajadoras en el capital de sus empresas en los Estados Unidos. Se explican su historia, su frecuencia, su composición y el funcionamiento de la figura jurídica principal que se utiliza para estructurarla —el «ESOP». Se resumen los resultados de la investigación científica sobre el fenómeno y las ventajas que ofrece para las empresas, sus propietarios, los trabajadores y las trabajadoras y para los territorios en los que se implanta.

I. INTRODUCCIÓN¹

En los Estados Unidos varios millones de trabajadores y trabajadoras participan de forma sustancial en el capital en muchos miles empresas.

¹ Una versión anterior de este texto se publicó en 2013 por la Escuela de Organización Industrial del Ministerio de Industria Español y la Confederación Empresarial de Sociedades Laborales (CONFESAL) (Hernández y Nolte, 2013). Esta ver-

Puede que estos datos extrañen a muchos lectores, ya que la imagen popular de la economía estadounidense y sus bases filosóficas es de un capitalismo voraz e individualista, nítidamente enfocado en la maximización de los beneficios económicos y sin grandes preocupaciones por la cohesión social. Una parte importante de esta imagen es certera y el nivel de desigualdad económica se encuentra entre los más altos de todos los países industrializados (OECD. Stat, 2017). Es importante subrayar, sin embargo, que EEUU es un país de fuertes contrastes en muchos ámbitos y el ámbito la empresa participada es uno de ellos. La participación en el capital está comparativamente muy extendida en EEUU y sigue en auge.

La participación de personas trabajadoras en el capital de sus empresas es una forma potente de abordar dos de los retos económicos y sociales fundamentales de las sociedades contemporáneas —la competitividad de empresas y la cohesión social (Graf von Schwerin y Sharma, 2010; Blasi, Freeman y Kruse, 2014; Wiefek, 2017). Más importante aún, la amplia participación financiera es la forma *más* potente de abordar estos dos retos *a la vez*. Sin lugar a dudas, el fortalecimiento del sector de empresas participadas sería importante para España, ya que el país sufre un nivel de desigualdad muy alto (OECD.Stat, 2017), se enfrenta a fuertes retos de competitividad (Soriano, 2017) y tiene un nivel de participación en el capital relativamente bajo, fuera de los sectores de cooperativas de trabajo y sociedades laborales (Lowitsch, Hashi y Woodward, 2009). Este capítulo persigue presentar la participación en el capital en los Estados Unidos como ejemplo importante e interesante de este fenómeno, con el fin de apoyar a las empresas, los agentes sociales y las administraciones públicas en la labor de fomentarla en España. El capítulo se centra en la figura más utilizada en Norteamérica para implantar la participación en el capital, «el ESOP», por sus siglas en inglés, «Employee Stock Ownership Plan», en castellano, «*Plan de Participación Accionarial de Trabajadores*». En el texto que sigue, analizaremos la situación del ESOP en la empresa y economía estadounidenses, sus objetivos y su funcionamiento interno.

sión pretende actualizar los datos estadísticos y la información sobre los elementos del marco jurídico en el que actúan las empresas participadas en los EEUU.

II. «EL ESOP» - EL PLAN DE PARTICIPACIÓN ACCIONARIAL DE TRABAJADORES. UNA INTRODUCCIÓN

El ESOP estadounidense va más allá de una serie de regulaciones administrativos-fiscales. Es, en sí, una figura jurídica y, como tal, permite a los agentes implicados estructurar la participación de personas en el capital dentro de un marco definido y bastante estable. Fue creada por legislación en EEUU hace más de 40 años y, posteriormente, se legislaron figuras similares en el Reino Unido, Canadá y Australia. Diferentes elementos de este modelo se han adaptado en otros países también, pero es en estos países anglosajones donde la figura ESOP es más utilizada².

En términos resumidos, la función del ESOP es la de facilitar la participación de las personas en el capital de las sociedades anónimas en las que son empleadas. Un ESOP se crea por una empresa interesada en la participación financiera y el mismo ESOP compra y posee acciones de la empresa en nombre de sus trabajadores/as. Más abajo, entraremos en los detalles de este proceso.

Desde un principio, es importante destacar cómo el ESOP se diferencia de otras figuras de participación en el capital o de economía social bien conocidas en España, como son las cooperativas de trabajo asociado y las sociedades laborales. La diferencia, y muchas veces la ventaja del ESOP, reside en la posibilidad de facilitar *una transición gradual y escalonada* desde una empresa de capital convencional a una empresa participada por sus trabajadores. En cambio, las sociedades cooperativas y laborales exigen una participación mayoritaria en el capital por parte de los trabajadores desde su inicio. La transición gradual que permite el ESOP puede proporcionar a la empresa determinadas ventajas importantes tanto en el ámbito económico-financiero como en el ámbito psicosocial. Con estas afirmaciones *no* queremos decir que la empresa participada estilo ESOP es superior a las cooperativas de trabajo o las sociedades laborales, sino, simplemente, que, en ciertas situaciones, una figura tipo ESOP *puede* ser ventajosa relativa a estas otras figuras.

Comentemos brevemente, por ejemplo, el elemento de la financiación. En general, la participación en el capital requiere algún tipo de financia-

² Otras figuras se utilizan para estructurar y promover la participación en el capital en otros países y el fenómeno ha llegado a ser bastante extendida en Francia y otros países. Véase los demás capítulos en este libro y EFES, 2017; Lowitsch, Hashi y Woodward, 2009).

ción externa, ya que el capital debe comprarse de los/las propietarios/as actuales, y, en muchas ocasiones, ni la empresa que tiene interés en fomentar la participación financiera de sus empleados/as ni los mismos trabajadores pueden permitirse el lujo de financiar la compra de la mayor parte de su capital en un periodo corto de tiempo. Es, sencillamente, imposible en términos financieros; ni la empresa como entidad empresarial ni el colectivo de trabajadores tiene la capacidad financiera para realizar la compra de capital necesario de los accionistas existentes o de endeudarse lo suficiente para efectuarla. Ninguna entidad financiera asumiría el riesgo de realizar un préstamo en estas circunstancias. El ESOP da respuesta a esta problemática, facilitando la compra de capital por parte de los trabajadores de forma gradual y bajo condiciones económicas alcanzables para la empresa y las mismas personas trabajadoras.

Por otra parte, tal y como hemos comentado anteriormente, una transición escalonada también puede proporcionar ventajas importantes en términos psicológicos y sociales. Es difícil, en muchas situaciones, que la cultura de una organización y los modelos mentales de las personas — sus hábitos de pensar, comunicar, trabajar y gestionar— cambien de forma brusca y dramática de la noche a la mañana. Una cultura adecuada para una empresa participada, muchas veces, no puede desarrollarse de forma rápida. Por lo tanto, la transición económica gradual permitida por un ESOP puede terminar siendo más en sintonía con la transición psicosocial gradual hacia la participación que suelen hacer las personas y las organizaciones.

III. UNA BREVE HISTORIA DEL ESOP

El ESOP, como figura jurídico-financiera, se creó por el Congreso de los Estados Unidos en el año 1974. Se introdujo como un componente de la Ley de Protección de los Ingresos en la Jubilación (*The Employee Retirement Income Security Act [ERISA]*). Fue concebido por el Senador Demócrata Russell Long de Louisiana y su colega Louis Kelso, un abogado y asesor financiero (Gates, 1998). El concepto y la práctica de participación en el capital no fueron completamente nuevos en los EEUU cuando el Senador Long introdujo este proyecto de ley. Desde los inicios de la república, un buen número de personajes y grupos importantes fueron partidarios de la idea (Blasi, Freeman y Kruse, 2014). Leland Stanford, el empresario y fundador de la Universidad de Stanford en California, defendió la idea en el siglo XIX (Altenberg, 1990) como también lo hizo uno de los primeros

sindicatos importantes del país, los Caballeros del Trabajo (The «Knights of Labor», Logue y Yates, 2001). La idea llegó a promulgarse incluso en Harvard Business School por el empresario notable y fundador de RCA, Owen Young, en un discurso realizado en esta facultad el año 1927 (Young, 1927). El concepto no quedó sólo en escritos y discursos sino también se llevó a la práctica empresarial en un número considerable de empresas en forma de participación en el capital o, con más frecuencia, participación en los resultados («profit sharing») en los siglos XIX y XX (Blasi, Freeman y Kruse, 2014).

Aunque reconocieron la historia de la participación financiera en EEUU, Senador Long y sus asesores observaron que nunca había llegado a ser sistemática o suficientemente extendida en el país y decidieron abordar la situación mediante nueva legislación. Como Presidente de la Comisión de Finanzas del Senado, Long tenía dos preocupaciones fundamentales a principios de los años setenta y ochenta del siglo pasado: (1) la desigualdad en el reparto de la riqueza en el país y (2) la emergente competencia internacional con la que las empresas estadounidenses ya habían empezado a enfrentarse en la década anterior. Por una parte, la riqueza empresarial estaba muy concentrada o bien en fondos de inversión o bien en manos de un porcentaje muy reducido de la población. Este fenómeno preocupaba a Long tanto por motivos filosóficos como por motivos socio-económicos. Desde su punto de vista, limitaba las oportunidades de todo tipo para la mayoría de la población y también proporcionaba un poder político muy desproporcionado en un grupo de personas y organizaciones muy minoritario. En definitiva, esta desigualdad extrema era para Long un fenómeno antidemocrático que estaba debilitando a la sociedad.

Por otra parte, le inquietaba la situación competitiva del país. EEUU había disfrutado de una larga generación de dominio casi total de la economía global en la época posterior a la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, para los años sesenta y principios de los setenta, las empresas norteamericanas encontraban una competencia cada vez más fuerte por parte de compañías de diversos países asiáticos y europeos, sobre todo Japón y Alemania, y esta competencia ya no correspondía principalmente a mercados internacionales, sino había empezado a instalarse también en el mismo mercado doméstico estadounidense.

Después de un periodo de estudio y debate, el Senador Long decidió apostar por la participación de las personas en el capital. Llegó a la conclusión de que un componente fuerte de la solución a estos dos problemas podría consistir en la amplia participación en el capital por parte de trabajadores y trabajadoras de muchas empresas del país. Concluyó que el

facilitar la entrada de las personas trabajadoras en el capital, a largo plazo, resultaría en: (1) un reparto de la riqueza más amplio y equilibrado entre los ciudadanos y (2) un mayor compromiso por parte de los trabajadores —ya copropietarios— con los resultados de sus empresas, es decir, en su productividad, calidad, servicio al cliente, innovación, etc. El resultado de su consideración hacia estos problemas fue la legislación ESOP, aprobada en 1974. Esta legislación creó una figura jurídica dotada con importantes y distintivos elementos jurídicos y fiscales que revisaremos más adelante.

IV. EL ESOP: LOS DATOS ACTUALES

El ESOP es ya un fenómeno empresarial extendido en EEUU. Para finales del año 2015 (el año más reciente para el cual datos oficiales están disponibles), aproximadamente 15,5 millones personas participaron en una empresa con un ESOP o figura parecida (NCEO, 2018)³ y aproximadamente 9.900 empresas tienen un ESOP o figura similar. Más de 520 de estas cotizan en bolsa⁴ y el ESOP no es desconocido en empresas de grandes dimensiones (véase Tabla 1). En la tabla se observa, por una parte, que hay empresas ESOP entre las más grandes del país, llegando a plantillas de más de 180.000 personas; y, por otra parte, que éstas compiten en muy diversos sectores: el manufacturero, de alta tecnología, las ingenierías, la distribución minorista y otros servicios. De hecho, existen 24 empresas ESOP mayoritarias con plantillas superiores a 5.000 personas y estas compañías operan en mercados muy diferentes. En términos generales, sin embargo, en la población de ESOPs general, las empresas son PYMEs —más del 80% tienen plantillas de menores de 300 empleados/as. En lo que el porcentaje de capital se refiere, entre el 30%-40% de las empresas de esta población son ESOPs mayoritarios, es decir, las personas trabajadoras tienen en propiedad entre el 51% y 100% del capital de su empresa mediante el ESOP.

³ Los datos que aparecen en este apartado proceden principalmente del Centro Nacional de Participación en el Capital (NCEO - National Center for Employee Ownership), una organización sin fines de lucro de mucho prestigio en los EEUU. Fue fundada en 1980 y su misión es investigar el fenómeno de la participación financiera, divulgar sus resultados y proporcionar a agentes sociales, gobiernos y particulares información objetiva sobre la puesta en marcha y el funcionamiento de los ESOP y otras figuras con objetivos similares. www.nceo.org.

⁴ Es decir, parte del capital de estas empresas está en manos de accionistas externos y la compra/venta de acciones se realiza mediante la bolsa.

Tabla 1: Empresas ESOP grandes y sus sectores

EMPRESA	SECTOR	PLANTILLA
Publix Supermarkets	Distribución Alimentaria	182.000
CH2M Hill	Ingeniería/Construcción	20.000
W.L. Gore Assoc. (GORETEX)	Fabriación de telas de alta tecnología, etc.	10.000
Rosendin Electric	Montajes eléctricos	5.000
Roberts Hawaii	Operador, tours de autobus	1.800

Fuente: National Center for Employee Ownership (NCEO), 2017.
<https://www.nceo.org/articles/employee-ownership-100>

Existen ESOPs en los 50 estados y se reparten de forma más o menos igual entre las diferentes regiones del país. El 22% se encuentran en empresas industriales, el 18% en servicios profesionales y técnicos, el 17% en el sector de finanzas/inmobiliario, el 15% en empresas de venta al mayor o menor, el 11% en la construcción y el aproximadamente 20% restante en otros diversos sectores.

Se nota claramente que hay una gran variedad de empresas ESOP. No obstante, es posible describir «la empresa ESOP típica» en términos de las características que se exponen a continuación. La compañía ESOP típica es una PYME, como comentamos anteriormente; la plantilla mediana de la empresa ESOP es de aproximadamente 125 trabajadores y su ESOP tiene en propiedad entre un 30% y un 40% del accionariado de la empresa. Este ESOP típico se crea en una empresa rentable, es decir, que *no* se encuentra en crisis, pero con frecuencia en circunstancias de *relevo generacional*. Suele ser una situación en la que el propietario principal (y fundador) de la empresa está empezando a pensar en jubilarse, pero no tiene ni herederos/as ni socios/as interesados/as en seguir con el negocio. Si bien es cierto en muchos casos que le interesan al propietario las ventajas fiscales de las que disfrutaría al vender su empresa a un ESOP (explicadas más adelante), también de mucha importancia para numerosos propietarios es su deseo de no poner el empleo de las personas en la plantilla en riesgo mediante la venta de la empresa a terceros. En la mayoría de los casos de PYMES en venta, los únicos interesados en la compra son empresas de la competencia más directa y el interés primordial de estas se centra en la lista de clientes, los patentes, algún activo especial y, posiblemente, en un número reducido de «personas clave». En muchas situaciones de este tipo, la venta de una PYME a la competencia significa la pérdida de empleo para la mayoría de

la plantilla en relativamente poco tiempo. Otras veces la PYME es rentable, pero no hay un mercado real para la compra de la empresa y la única forma de la que el propietario dispone para conseguir una parte del valor de la empresa al jubilarse es a través de la liquidación de la empresa. El ESOP proporciona una solución positiva para estas dos situaciones de sucesión bastante comunes.

Merece la pena subrayar el peso de esta cuestión. El relevo generacional en las PYMES es uno de los retos socioeconómicos más importantes al que se enfrentan las economías Europeas (Duh, 2012; Yambol CCI, 2016). El tejido empresarial de todos los países de Europa consiste principalmente en PYMES. Por supuesto, existe un sector de empresas grandes, muchas multinacionales, que es también estratégico, pero, en términos de número de empresas y porcentaje del empleo total, las grandes corporaciones son minoritarias. Una muy amplia mayoría de las personas ocupadas en España, el 73%, trabajan en organizaciones de menos de 250 trabajadores, y una mayoría importante, un 60%, en empresas de menos de 50 (Eurostat, 2017). Las cifras son algo menores en Europa en general, pero no dejan de ser muy relevantes. El problema radica en que sólo un pequeño porcentaje de las personas propietarias de PYMES que son mayores de 55 años tienen un plan elaborado para abordar la sucesión de la empresa a un nuevo dueño o grupo de dueños (Duh, 2012; Yambol CCI, 2016) y, por lo tanto, miles de empresas y millones de puestos de trabajo están en juego en la Unión. Un alto número de PYMES cierran sus puertas cada año no porque están perdiendo dinero, sino porque el propietario quiere jubilarse, no se preparó adecuadamente para el relevo generacional y la única opción que le queda es liquidar el activo.

El ESOP estadounidense ofrece una lección potencialmente crucial para Europa en este contexto, ya que ha sido una herramienta de sucesión empresarial de gran utilidad. Ha servido para llevar a cabo el relevo generacional de forma exitosa en miles de empresas rentables, creando oportunidades de mejorar su competitividad, salvando centenares de miles de puestos de trabajo, arraigando la actividad económica en un territorio, fortaleciendo el capital social de su zona, multiplicando y repartiendo la riqueza de modo más amplio y, a la vez, garantizando ingresos a las arcas públicas para mantener servicios públicos y evitar gastos en el desempleo y en la asistencia social que siempre lo acompaña. En resumen, es un instrumento de gran potencialidad socioeconómica para Europa y merece la pena estudiarlo y, posiblemente, adaptarlo a los sistemas jurídico-fiscales europeos.

Dejando atrás cuestiones de sucesión y otras tendencias comunes entre los ESOP típicos, es igualmente importante destacar, como hemos mencionado, que la población de empresas ESOP se caracteriza por su variación. Las empresas ESOP son muy diversas, tanto en términos de dimensión, como en términos de sector, porcentaje del capital en el ESOP, zona geográfica y de otros criterios. En resumen, la participación amplia de personas en el capital de su empresa no es una característica especial de una zona o sector o tipo de empresa. Se puede implantar con éxito en cualquiera.

V. MOTIVOS TRAS LA IMPLANTACIÓN DE UN ESOP

Existen varias razones por las que una empresa podría decidir implantar un ESOP. La primera y la más importante, como hemos comentado, es solucionar el dilema que suele presentar el relevo generacional. El National Center For Employee Ownership (NCEO) calcula que más de un 50% de los ESOP se crean, por lo menos en parte, por este motivo. Pero existen otras razones que esbozamos a continuación.

Un ESOP se implanta en muchas ocasiones para mejorar los resultados de la empresa. La empresaria o el empresario llega a convencerse de que el compartir la propiedad ampliamente entre las personas en la empresa fortalecería su participación y compromiso y, como consecuencia, mejoraría las dinámicas socioempresariales internas y los resultados económicos de la compañía. Si se traslada a los trabajadores una parte del capital de una empresa, es probable⁵ que aumente la motivación, la creatividad, la ayuda mutua y el interés general en los resultados de su empresa —sus ventas, rentabilidad, calidad, servicio al cliente, etc. Participando en la propiedad, los y las empleadas ganan un interés económico directo en el buen funcionamiento de la organización. Tienden a generarse mayor grados de cohesión e identificación con el proyecto empresarial y tienden a disminuirse el conflicto y absentismo y problemas afines.

Un ESOP también se crea con mucha frecuencia en sectores tecnológicos con el fin de evitar la rotación y la consiguiente pérdida de talento, además del objetivo de fomentar la implicación con la compañía y la cooperación entre las personas. Asimismo, y de manera algo parecida, un nú-

⁵ Siempre y cuando existe en combinación con la participación en las decisiones (véase apartado 8).

mero importante de ESOPs han sido implantados por motivos filosóficos, es decir, los dueños simplemente llegan a creer, como filosofía de empresa, que es importante compartir con todos los trabajadores los derechos, responsabilidades, riesgos y recompensas de ser copropietario, que la propiedad compartida fomenta otra forma de trabajar conjuntamente, más positiva, colaborativa y activa.

Otra importante razón por la que se implantan ESOPs tiene que ver con las ventajas fiscales que la legislación ESOP les ha proporcionado. Existen diversas ventajas, pero las dos principales son las siguientes: (1) la desgravación efectiva de la amortización de «préstamos ESOP»; y, (2) la eliminación efectiva del impuesto sobre plusvalías. Con respecto a la primera, la legislación ESOP permite a la empresa pedir un préstamo específicamente para la creación del ESOP. En ese caso, la empresa puede desgravar no sólo los intereses, sino también los pagos de amortización del préstamo. Se observará más abajo en una explicación del ESOP a través de una serie de gráficos.

La segunda ventaja es un incentivo dirigido a los y las propietarias de empresas. En este caso, la legislación permite al/la propietario/a aplazar el pago del impuesto sobre plusvalías hasta su fallecimiento si vende por lo menos un 30% del accionariado de su empresa a un ESOP. En efecto, este impuesto queda eliminado cuando el vendedor de la empresa fallece y la parte de su patrimonio fruto de la venta al ESOP pasa a manos de los herederos del propietario. En otras palabras, si una persona propietaria de una empresa vende por lo menos un 30% de su capital a un ESOP (e invierte el cash recibido en valores estadounidenses), efectivamente evita el pago del impuesto sobre plusvalías.

Ambas ventajas fiscales son muy potentes y suponen rebajas muy sustanciales en el pago de impuestos, tanto en empresas ESOP como para empresarios/as que venden sus acciones a ellas. Han servido de catalizador para el inicio del fenómeno ESOP a mediados de los años setenta y siguen siendo cruciales a la hora de atraer nuevos propietarios y propietarias de empresas a explorar la idea de vender parte o el conjunto de su empresa a un ESOP.

Para finalizar con este apartado, es importante señalar que muchos propietarios suelen tener una mezcla de estos motivos a la hora de crear un ESOP: quizás exista una situación de sucesión empresarial y, a la vez, los líderes de la empresa también ven una oportunidad de fortalecer la cohesión y la participación de los empleados y así aumentar la competitividad de la compañía. Las ventajas fiscales suelen ser un aliciente importante en

muchas, por no decir, la mayoría de circunstancias, pero, al mismo tiempo, en muchas ocasiones, también existen elementos filosóficos en la decisión de crear el ESOP.

Cabe hacer hincapié aquí también en una característica de la empresa ESOP típica anteriormente mencionada, eso es, que es una PYME *rentable*. Es importante recalcar este hecho porque existe en amplios sectores de la población una idea equivocada sobre los motivos detrás de la creación de empresas ESOP u otras empresas participadas. Se cree que son empresas en crisis que emplean el ESOP en un intento de salvar la empresa y los puestos de trabajo. Ciertamente, existen casos en los que empresas en crisis han creado un ESOP con el fin de buscar una forma de sobrevivir; pero este tipo de ESOP es muy minoritario. Concretamente, según el National Center for Employee Ownership (NCEO), la organización principal de investigación sobre los ESOP de EEUU, menos del 5% de la población de empresas ESOP han sido creadas en una situación de crisis (Rosen, 2015). Seguramente, esta imagen distorsionada de los factores que motivan la creación de empresas ESOP se debe a que las empresas en crisis que tratan salvarse son las que reciben mayor atención mediática.

VI. EL FUNCIONAMIENTO DEL ESOP

En este apartado procedemos a explicar el funcionamiento de un ESOP. Mediante una serie de gráficos, se describe su creación (con financiación externa o sin ella) y evolución y, al final, el traslado de su valor a los y las trabajadoras de la empresa.

1. El ESOP «apalancado»

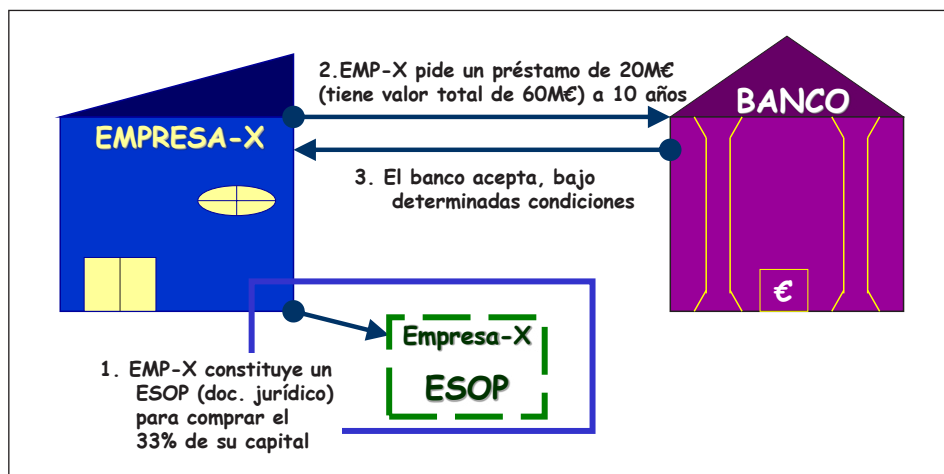
En la Figura 1 más abajo, se explica el primer paso en la creación del ESOP más típico, es decir, el ESOP creado mediante un préstamo en una situación de relevo generacional. Se denomina un ESOP «apalancado».

Tal y como se puede observar en la figura, el primer paso es la constitución del ESOP por parte de la Empresa X mediante la elaboración de un documento jurídico⁶ que, en este caso hipotético, se realiza con la intención de adquirir el 33% de su capital. Este documento expone

⁶ Véase una explicación la regulación interna de un ESOP en el apartado VII.2.

los estatutos y el reglamento interno del ESOP (véase apartado VII.2.1). También se redacta un convenio entre la empresa y el ESOP que determina el uso de fondos y su traspaso entre ambos, como se mostrará más abajo. En el paso 2, la Empresa X, previamente valorada por un tasador independiente⁷ en 60 millones de euros, pide un préstamo de 20 millones de euros a 10 años. El banco acepta dicha petición bajo las condiciones normales que rigen la concesión de un préstamo bancario. Con el fin de simplificar los cálculos y su presentación, a lo largo de las distintas figuras aquí, se presupone que (1) el valor de la empresa no evoluciona con el paso del tiempo y (2) el préstamo se paga en una única cuota anual por el 10% de su valor (2 millones de euros) a lo largo de 10 años.

Figura 1. Un ESOP «apalancado»

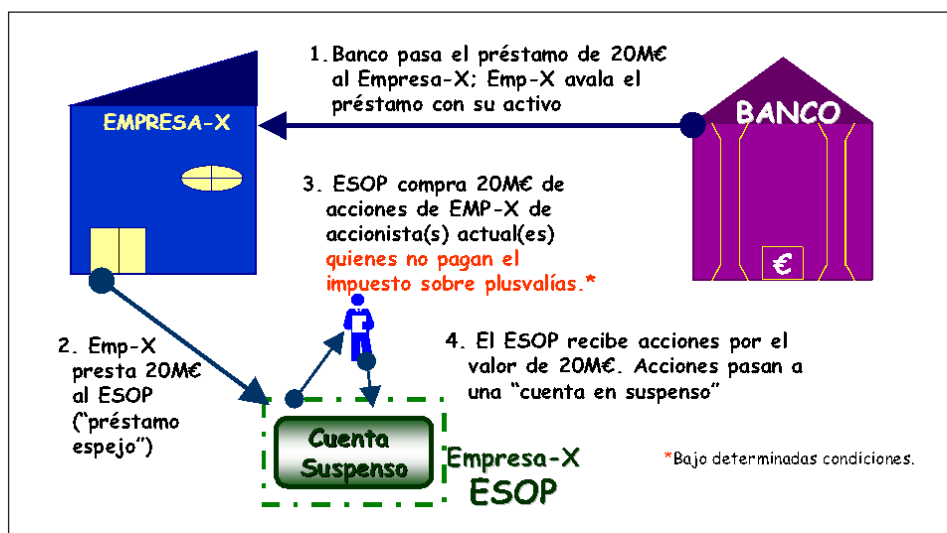


Para continuar analizando el ESOP apalancado, sigamos con la figura 2. En esta etapa, el primer paso se da cuando el banco entrega el préstamo de 20 millones de euros a la Empresa X y ésta lo avala con su activo. A continuación, la empresa presta ese dinero al ESOP - una entidad con personalidad jurídica propia pero que la misma empresa ha creado. Este préstamo se llama «el préstamo espejo» y está regido por el convenio entre el ESOP y la empresa. El ESOP emplea esta cuantía para comprar 20 millones de euros de acciones pertenecientes a accionistas actuales de la Empresa X (quienes no pagan el impuesto de plusvalías, siendo esta, como se

⁷ La ley ESOP exige dicha tasación independiente.

mencionó anteriormente, una de las ventajas fiscales más importantes que ofrece la legislación ESOP). Por último, en el cuarto paso, el ESOP recibe las acciones y éstas pasan a lo que se denomina una «Cuenta en Suspense». Las acciones en esta cuenta pertenecen al ESOP, pero sólo se reparten entre los trabajadores⁸ cuando el préstamo se amortice, como veremos en gráficos posteriores.

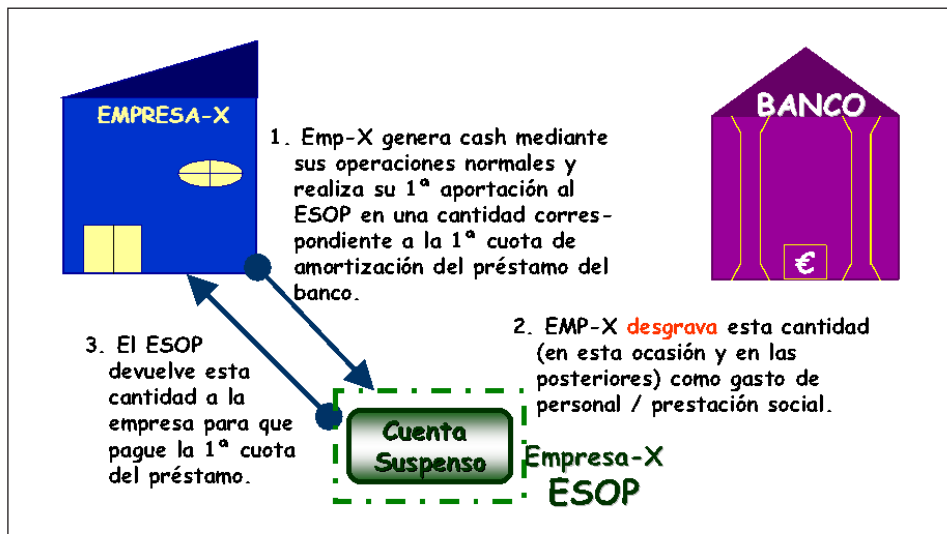
Figura 2. Un ESOP «apalancado»



La explicación prosigue en la figura 3. En el primer paso de esta etapa, la Empresa X genera cash a través de su actividad empresarial normal y realiza su primera aportación al ESOP en una cantidad aproximadamente correspondiente a la de su primera cuota de amortización del préstamo. En el siguiente paso, la empresa desgrava esa cantidad (esta vez y cada vez que amortice una parte del préstamo ESOP) como gasto de personal o prestación social y, posteriormente, en el punto 3, el ESOP devuelve esta cantidad a la empresa para que la empresa realice el pago de la primera cuota del préstamo.

⁸ Cada trabajador de la empresa recibe una «cuenta ESOP» y las acciones que le corresponden se depositan en esta cuenta hasta que causa baja en la empresa. Véase el apartado VII.

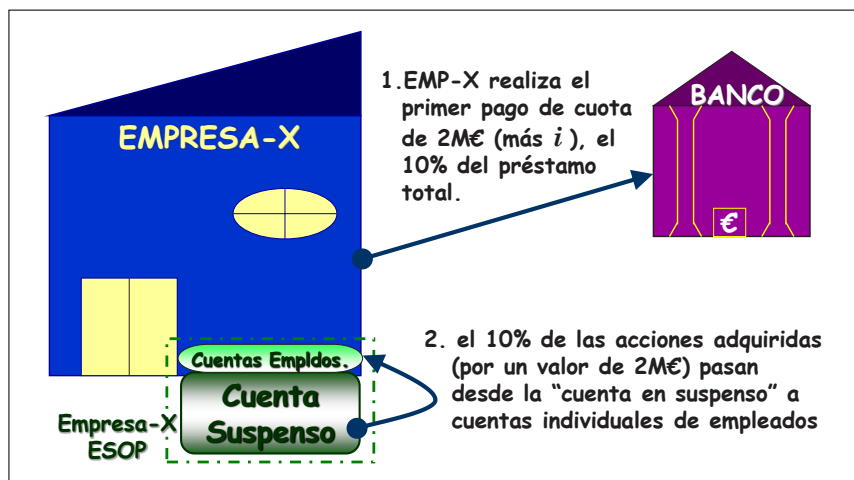
Figura 3. Un ESOP «apalancado»



Al fin y al cabo, esta etapa consiste únicamente en una transacción sobre el papel; no toma lugar ningún movimiento real de activos o de cash de un sitio físico a otro o de una cuenta bancaria a otra; sino que la empresa y el ESOP cumplen con el convenio firmado al comienzo del proceso en el que consta que la empresa ha de pasar cash al ESOP en determinados momentos y éste devolverlo a la empresa. Sin embargo, es importante señalar que es precisamente esta maniobra financiera la que hace que, en efecto, el pago de la amortización del préstamo sea desgravable según la ley ESOP estadounidense. La aportación financiera de la empresa al ESOP se considera por la legislación ESOP como un tipo de gasto de personal, una especie de «prestación social», como se consideraría, por ejemplo, un seguro de vida que la empresa pudiera proporcionar al trabajador como prestación que forma parte de su retribución, y por tanto, desgravable.

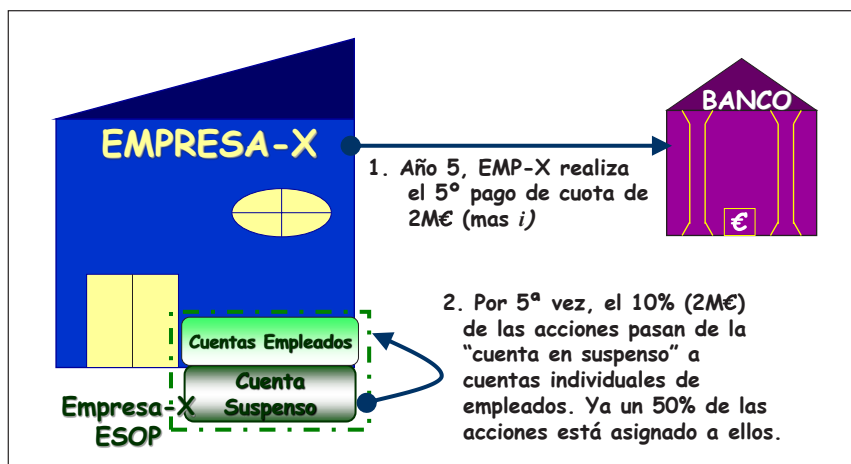
Siguiendo con el proceso, ahora pasamos a la Figura 4 que aparece a continuación. En el paso 1, la Empresa X realiza su primer pago de cuota de 2 millones de euros (más intereses), el 10% del préstamo total. En el siguiente paso vemos que el 10% de las acciones adquiridas por el ESOP pasan de la Cuenta en Suspense que vimos en la figura 2 a las Cuentas ESOP Individuales de los empleados y las empleadas. El reparto se lleva a cabo según una fórmula establecida en el Documento Constituyente del ESOP, en general, en proporción a los salarios de los trabajadores (véase apartado VII.2.5).

Figura 4. Un ESOP «apalancado»



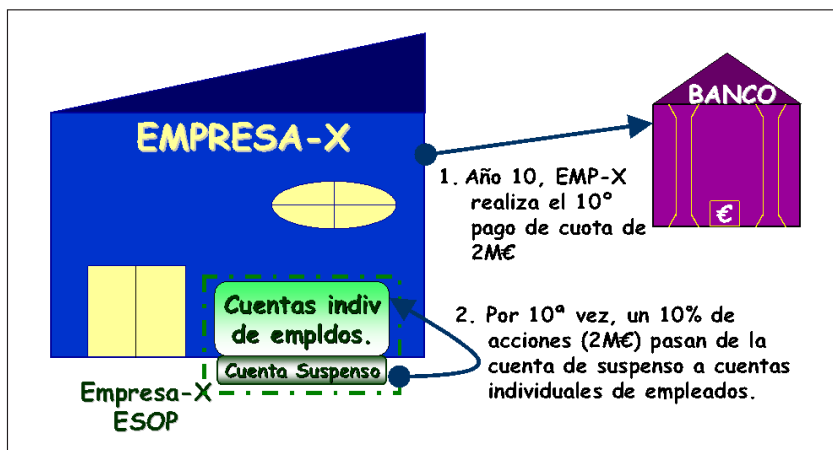
En la siguiente figura, la número 5, nos encontramos ya en el quinto año del préstamo. Por lo tanto, la Empresa X realiza su quinto pago de cuota e intereses y, en el paso 2, por quinta vez, el 10% del préstamo, 2 millones de euros de las acciones, pasan de la Cuenta en Suspense a las Cuentas ESOP Individuales de los/las empleados/as. En consecuencia, cuando el quinto pago esté ya realizado, el 50% de las acciones de la Cuenta en Suspense habrá sido transferido a las cuentas de las personas trabajadoras; es decir, la mitad del 33% del capital que el ESOP tiene intención de adquirir.

Figura 5. Un ESOP «apalancado»



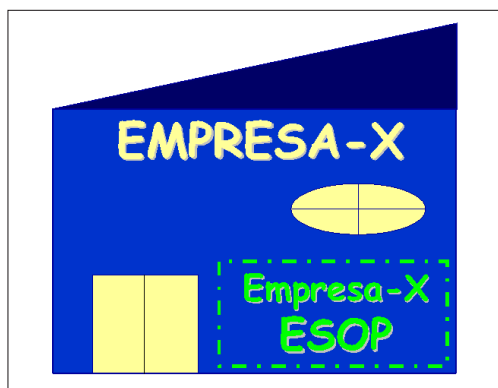
Pasamos a analizar la situación al final del préstamo en la figura 6. En esta figura, hemos llegado al año 10, y se observa que la Empresa X paga su última cuota más intereses. En el paso 2, vemos que, de igual manera, un 10% de las acciones pasan por última vez de la Cuenta en Suspense a las Cuentas ESOP Individuales de Trabajadores.

Figura 6. Un ESOP «apalancado»



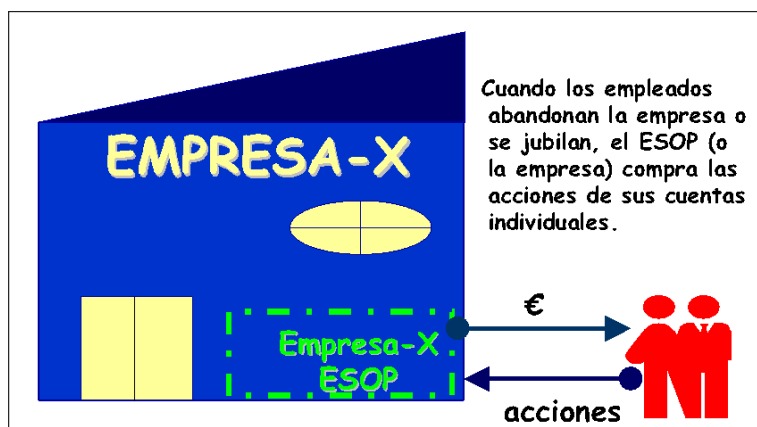
En la Figura 7 se ve que el préstamo ESOP de la Empresa X ya ha desaparecido. Los trabajadores y trabajadoras de la empresa tienen en propiedad el 33% del capital de la misma mediante su ESOP. Todas las acciones se han repartido a las cuentas de los y las trabajadoras.

Figura 7. Un ESOP «apalancado»



Para finalizar con el ejemplo de un ESOP apalancado, analizamos los últimos pasos importantes en la Figura 8 que aparece más abajo. La legislación ESOP dictamina que los trabajadores no pueden vender las acciones de sus cuentas individuales hasta que causen baja como trabajadores o se jubilan. Ni la Empresa X ni los trabajadores son titulares de las acciones, sino el mismo ESOP —que tiene personalidad jurídica propia— es titular de las acciones mientras permanezcan en las Cuentas Individuales. Como hemos comentado, cuando los trabajadores causen baja o se jubilen, la empresa (o el mismo ESOP), por legislación, está obligada a comprar dichas acciones a valor de mercado, un valor estipulado por un tasador independiente. En resumen, los trabajadores abandonan la empresa, venden las acciones a la empresa o a su ESOP (según lo estipulado en el documento constituyente) y reciben a cambio el valor de sus acciones en efectivo.

Figura 8. Un ESOP «apalancado»



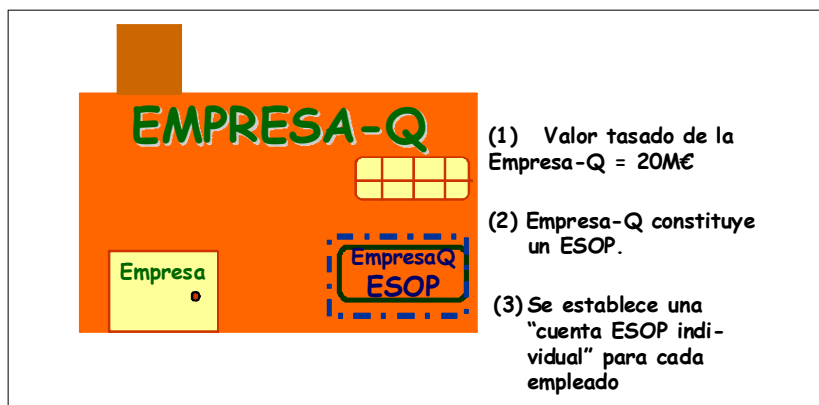
2. Un ESOP no apalancado

La otra clase básica de ESOP no se crea mediante un préstamo; es un «ESOP no-apalancado» y a continuación explicamos su funcionamiento.

Vemos en la figura 9 que el primer paso es el de establecer el valor de la Empresa Q mediante el análisis de un tasador independiente. Para este caso hipotético, lo establecemos en 20 millones de euros. Posteriormente, al igual que ocurría en el ESOP apalancado, el siguiente paso es la constitución del ESOP mediante la elaboración del Documento Constituyente (que establece los estatutos/reglamento interno del ESOP) y el convenio entre la Empresa Q y el ESOP (que determina las condiciones en las que acciones o cash

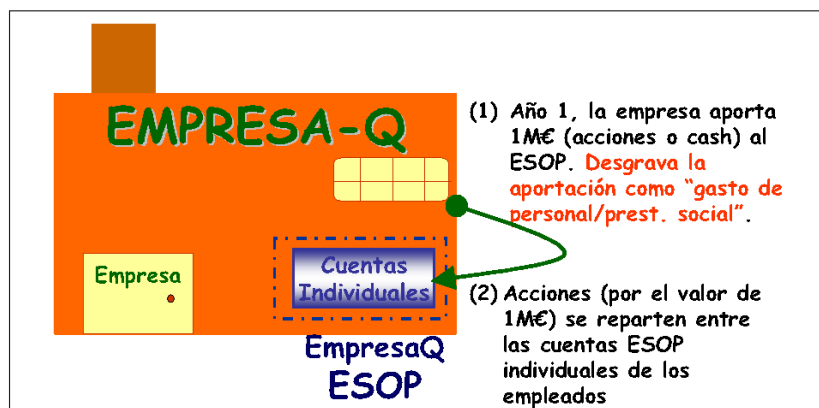
pasarán de uno a otro, etc.). En el paso final de esta figura, se establece una cuenta ESOP individual para cada persona empleada de Empresa Q.

Figura 9. Un ESOP «no-apalancado»



El primer paso en la Figura 10 tiene lugar en el año 1 cuando la empresa aporta 1 millón de euros (en acciones o en cash) al ESOP⁹. Esta aportación es desgravable como gasto de personal o prestación social, como en el caso de un ESOP apalancado. En este caso, el ESOP no se crea por motivos de relevo generacional, sino por uno o varios de los motivos restantes anteriormente expuestos-motivación, inclusión, filosofía, ventajas fiscales, etc.

Figura 10. Un ESOP «no-apalancado»

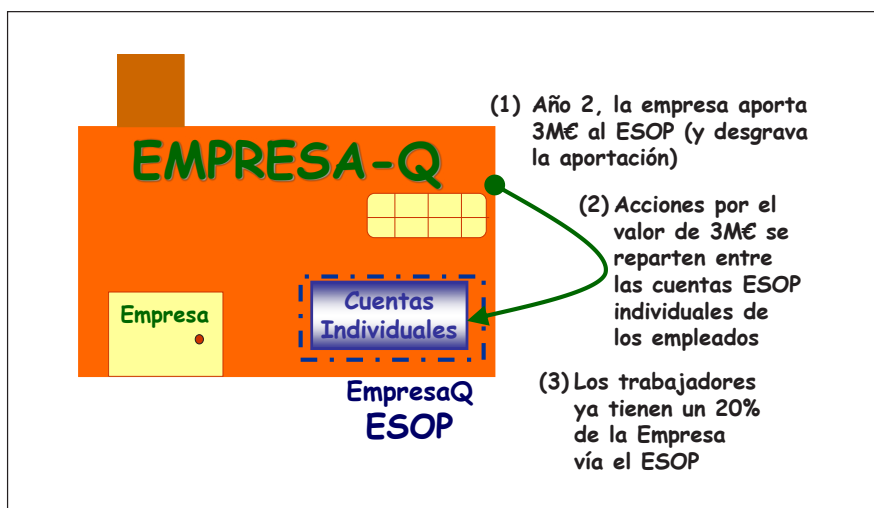


⁹ La aportación se usa para comprar o bien acciones de propietarios existentes o bien acciones nuevamente emitidas.

En el paso 2, se reparten acciones por el valor de 1 millón de euros entre las cuentas ESOP individuales de los empleados¹⁰ y, suponiendo que Empresa Q tiene un valor tasado de 20 millones de euros, éstos se convierten así en copropietarios del 5% del capital de la empresa.

En la siguiente figura, la 11, nos situamos ya en el segundo año del ESOP. En esta ocasión, su situación económica permite que la empresa aporte 3 millones de euros al ESOP y, al igual que sucedía en el año 1, también ahora desgrava dicha aportación.

Figura 11. Un ESOP «no-apalancado»



En el paso 2, y de modo similar al del caso del ESOP apalancado, las acciones por valor de 3 millones de euros se reparten entre las cuentas ESOP individuales de los empleados. Para finalizar la operación, en el tercer paso vemos que, al cabo del segundo año, los trabajadores tienen 4 de los 20 millones de euros de capital de la empresa, es decir, un 20% de ésta. En un futuro, la Empresa Q deberá decidir si quiere aportar más dinero o acciones al ESOP y tomará estas decisiones en función de su interés en fomentar la participación y de sus posibilidades económicas.

El último paso de interés toma lugar cuando el trabajador se jubile o cause baja en la empresa. En este caso también, como en todo ESOP, la empresa o el ESOP está obligado a comprar las acciones de la persona

¹⁰ Véase el Apartado VII.2.5.

trabajadora saliente. Descrito el funcionamiento básico del ESOP, pasamos ahora a exponer cuestiones reguladas internamente en su documento constituyente.

VII. LA REGULACIÓN INTERNA DE UN ESOP

Aquí se detallan los distintos elementos económicos, organizativos y jurídicos de la implantación de un ESOP y su regulación interna. Algunos de los pasos expuestos en el apartados anteriores se repiten para mantener la coherencia de este, pero el enfoque es más en la regulación y funcionamiento internos del ESOP y la relación del/la empleado/a con él.

1. Funcionamiento del ESOP: Un resumen de los diez componentes básicos

A continuación resumimos los elementos básicos del funcionamiento interno de un ESOP, los cuales se explicarán con más detalle en el apartado posterior.

1. *Constitución del ESOP.* La empresa constituye el ESOP, una entidad jurídica propia¹¹, y redacta un documento constituyente jurídico concreto (en inglés el *ESOP Plan Document*). Las reglas y normas que rigen el funcionamiento del ESOP se describen en este documento; son parecidas a los estatutos / reglamento interno de una empresa.
2. *Adquisición de acciones.* Como se ha explicado anteriormente, el ESOP compra un porcentaje determinado de acciones de la empresa (de uno o más de sus accionistas, o de nueva emisión) utilizando un préstamo que consigue la propia empresa de un banco¹², o la empresa las compra con fondos internos, para transferírselas al ESOP (punto 4, más abajo).

¹¹ El ESOP es un fideicomiso («trust»), una figura común en la tradición jurídica anglosajona pero poco común en la tradición jurídica de la Europa continental. Un trust se establece para trasladar patrimonio de una persona jurídica a otra bajo condiciones determinadas por la primera. El ESOP es un trust especial en la medida en que el control del establecimiento de las condiciones no tiene porqué ser unilateral. En todo caso, el uso de esta figura concreta no es imprescindible. En diferentes países se utilizan otras —la asociación, la fundación, etc.—.

¹² Este es el caso en más del 50% de los ESOPs.

3. *Participación en el ESOP.* Los trabajadores se convierten en «participantes» del ESOP al cumplir requisitos de edad y horas de trabajo anuales en la empresa.
4. *Contribuciones al ESOP.* La empresa aporta cash o acciones al ESOP. La dinámica y consecuencias de estas contribuciones se explicaron en el apartado VI.
5. *Asignación de acciones.* Las acciones son asignadas (*allocated* en inglés) a la cuenta ESOP de cada participante. El número de acciones asignadas a cada participante se calcula con una fórmula establecida en el documento constituyente del ESOP, normalmente en proporción al salario del participante.
6. *La transmisión de derechos a percibir las acciones.* Esta transmisión no suele realizarse en el momento de la asignación, sino el documento constituyente establece un calendario de transmisión al/la participante del derecho de percibir las acciones que se han acumulado en su cuenta si abandonara la empresa en un momento dado (*vesting schedule* en inglés).
7. *Valoración de acciones.* Cada año un perito independiente debe realizar una tasación / valoración de las acciones de la empresa para determinar el valor de la cuenta ESOP de cada participante.
8. *Votación.* Los participantes tienen derecho a votar (según el número de acciones en su cuenta) como mínimo, en las circunstancias que marca la ley, como son sobre una posible la liquidación, fusión y adquisición de activos importantes. El documento constituyente del ESOP concreta estos y otros derechos de voto, si los hubiese.
9. *Diversificación.* A partir de cierta edad y años de antigüedad, el participante puede pedir que un porcentaje de las acciones de su cuenta ESOP se transfiera a otro tipo de inversiones fuera de la empresa.
10. *Distribución de las acciones de las cuentas ESOP individuales.* Cuando el trabajador-participante causa baja en la empresa por jubilación u otras causas, la empresa le traspasa las acciones acumuladas en su cuenta ESOP, o su valor en efectivo, según el calendario establecido (véase punto 6, más arriba).

2. *Funcionamiento del ESOP: Una explicación detallada de los diez componentes básicos*

En este apartado entramos a explicar con más detalle cada uno de los diez componentes relacionados con el funcionamiento del ESOP resumidos anteriormente.

2.1. Constitución del ESOP

La empresa debe redactar un documento constituyente llamado Plan Document que establece las reglas básicas del ESOP. Es un documento legal que compromete a la empresa a implantar y llevar a cabo el ESOP tal y como el documento lo especifica. Una copia del documento debe archivar-se en el Departamento de Hacienda Federal (Internal Revenue Service o IRS) para asegurar que cumpla todos los requisitos legales aceptados y firmados por la organización. Las pautas para este tipo de documentos están definidas en la ley federal («Ley de Protección de Ingresos en la Jubilación» —ERISA son sus siglas en inglés—) y su cumplimiento está vigilado tanto por el Departamento de Trabajo como por Hacienda.

En términos legales la figura creada por este documento es un fideicomiso (ver nota al pie en la página anterior). Este fideicomiso guardará los activos de los participantes y será gestionado por fideicomisarios elegidos por la dirección de la empresa o conjuntamente entre la dirección y los empleados.

Es importante recordar que la empresa y el ESOP son entidades legales diferentes creadas con diferentes propósitos. La empresa está gobernada por el Consejo de Administración con el fin de obtener el mayor beneficio posible para sus accionistas; el ESOP, en cambio, está controlado por los fideicomisarios para el beneficio de sus trabajadores-participantes. A pesar de que la empresa y el ESOP son entidades legales distintas, están conectadas entre sí de cuatro formas importantes:

- El ESOP se convierte en uno de los accionistas de la empresa, al comprar una parte de su capital social.
- El Consejo de Administración de la empresa que constituye el ESOP nombra a los fideicomisarios del ESOP, en efecto, el Consejo de Administración del mismo ESOP.
- Todos los participantes del ESOP son empleados de la empresa.

- La empresa controla la redacción del documento constituyente de su ESOP con más o menos participación de los trabajadores o sus representantes.

2.2. Adquisición de acciones

Este paso consiste en la compra de acciones por parte del ESOP, o bien de uno o más accionistas de la empresa o bien acciones de nueva emisión. El porcentaje del capital que se adquiere se estipula en el convenio que se firma entre la empresa y el ESOP. Estos procesos y sus ventajas fiscales se describieron en el apartado VI.

2.3. Participación en el ESOP

Los trabajadores integrados en el Plan se convierten en lo que se denomina «participantes» del ESOP y consiguen una cuenta llamada «cuenta ESOP individual». En este caso el término «participante» tiene un significado jurídico específico y hay una serie de requisitos generales que cualifican al/a empleado/a para convertirse formalmente en «participante» y conseguir una cuenta ESOP individual:

1. Que la persona empleada tenga veintiún años como mínimo.
2. Que haya trabajado a jornada completa para la empresa durante al menos un año.
3. Que haya trabajado más de 1.000 horas en el año correspondiente al ejercicio ESOP.
4. Que tenga la condición de empleado el último día del ejercicio ESOP.
5. Que conozca y acepte todos los requisitos y condiciones del ESOP.

El documento constituyente establece fechas de entrada en el ESOP de nuevos participantes, generalmente entre dos y cuatro fechas por ejercicio ESOP. Cuando un empleado cumple los anteriores requisitos, se convierte en participante en la siguiente fecha de entrada establecida.

Por regla general, el ESOP tiene que incluir a todos/as los/las empleados/as que trabajan a jornada completa en la empresa. Sin embargo, el ESOP no está obligado de antemano a incluir, y no puede obligarles a participar, como «participantes» a miembros de colectivos sindicales. Es un tema que debe decidirse mediante la negociación colectiva.

2.4. Contribuciones al ESOP

La empresa ESOP, típicamente, realiza contribuciones al ESOP cada año. Las contribuciones son el modo en que el ESOP consigue las acciones o los fondos para comprar las acciones que posteriormente se repartirán en las cuentas de los participantes. El tamaño de la contribución anual se determina por el Consejo de Administración de la empresa basándose en diversos factores, tales como el nivel de actividad de la empresa y su cash flow, las obligaciones del préstamo del ESOP, las ventajas fiscales posibles, etc. Este proceso y sus diferentes pasos se describieron en detalle en el apartado VI.

2.5. Asignación de las acciones

Después de que la empresa realiza contribuciones al ESOP, acciones por el valor de esa contribución son asignadas a la cuenta individual de cada persona trabajadora-participante en el ESOP. La cantidad asignada a cada cuenta se determina por una «fórmula de asignación», que se define en el documento constituyente del ESOP. Esta fórmula debe ser «justa y equitativa» con respecto a todos los participantes tal y como la ley define estos términos. En términos generales, «justo y equitativo» significa que la fórmula de asignación no puede ser más desigual que el abanico salarial que existe en la empresa y esta definición legal, incluso, establece limitaciones más estrictas que el abanico salarial si este es muy amplio. La fórmula más común para la asignación de las acciones se basa en la retribución, pero puede basarse en, o incluir, criterios de antigüedad, igualdad u otros.

Supongamos, por ejemplo, que haya una empresa ESOP de 75 trabajadores, que la masa salarial de los participantes en el ESOP del año anterior fue de \$2.500.000, que el ESOP basa su fórmula de asignación en la retribución y que la empresa decide aportar fondos suficientes para la asignación de unos 850 acciones¹³. Mary, una trabajadora-participante de un ESOP, cobró 25.000 dólares el año anterior, y John, otro trabajador-participante, cobró 20.000 dólares. En este caso, Mary percibió el 1,0% de la masa sa-

¹³ En general, como observamos en apartado VI, una empresa con un ESOP apalancado realiza aportaciones al ESOP equivalentes a las cuotas del préstamo ESOP que debe al banco y, de esta manera, desgrava una cantidad equivalente a estas cuotas. Por lo tanto, el proceso de asignación en estos casos, no varía mucho de año en año.

larial, y John el 0,8% y, por consiguiente, ella recibirá el 1,0% del total de las acciones asignadas y él recibirá el 0,8%. Esto es, 8,5 acciones serán asignadas a la cuenta ESOP de Mary, y a John se le asignarán 6,8 acciones a su cuenta. En el caso de los empleados que se conviertan en participantes del plan después de haber comenzado un nuevo ejercicio ESOP, las asignaciones que reciban corresponderán a la parte del salario percibido durante el tiempo del ejercicio ESOP en el que han sido participantes.

2.6. Transmisión de derechos a percibir las acciones (*vesting schedule*)

Este apartado describe el proceso por el cual la/el participante acumula los derechos a percibir las acciones que han sido asignadas a su cuenta ESOP individual. Este proceso de transferencia de derechos, claramente definido en el documento constituyente, determina cuánto dinero en efectivo, o cuántas acciones, recibirá el participante de su cuenta ESOP en el momento en el que causa baja en la empresa. En general, el participante ha de permanecer en la empresa varios años¹⁴ para recibir la totalidad de los derechos a las acciones en su cuenta; de hecho, el sistema se diseñó en parte para incentivar la permanencia de los y las trabajadoras en la empresa por lo menos durante unos cuantos años.

El proceso de transferencia se basa en un calendario, de hasta siete años como un máximo legal, según el que se trasladan a los trabajadores los derechos a las acciones en sus cuentas ESOP. El participante que tiene transferido el derecho a todas sus acciones asignadas según este calendario recibe todas ellas al abandonar la empresa, cualquiera que sea la razón de su marcha. Los trabajadores que tienen parcialmente transferidos los derechos a sus acciones según este calendario, lógicamente, podrán recuperar sólo las acciones cuyos derechos han sido transferidos.

La mayoría de las empresas elige un «calendario escalonado» que funciona por etapas o pasos. Es decir, el derecho a cierto porcentaje de las acciones asignadas se transfiere al cabo de cada año que el/la empleado/a ha sido participante en el ESOP. Una fórmula común es la de «20% por año», por el cual, al cabo de cinco años, el o la trabajadora-participante obtiene el derecho al 100% de las acciones asignadas a su cuenta ESOP

¹⁴ Este tipo de calendario de «vesting» no es obligatorio. El derecho a percibir las acciones o su valor en efectivo (al abandonar la empresa) puede obtenerse de inmediato o en dos años o tres. El calendario es bastante flexible siempre y cuando el 100% de los derechos se transfieren antes del máximo legal de siete años.

cuando abandona la compañía. Si los participantes en el ESOP deciden abandonar la empresa antes de la completa transferencia de derechos, las acciones no transferidas son reasignadas entre el resto de los participantes según la fórmula de asignación.

2.7. Valoración de acciones

La legislación ESOP requiere que un perito o tasador externo e independiente realice una valoración anual de las empresas ESOP (a no ser que cotizan en bolsa). Esta valoración determina el valor de mercado de las acciones de la empresa y, por tanto, el valor de cada cuenta ESOP individual. El valor de mercado de las acciones determina el precio al que las acciones de la empresa se pueden comprar o vender. En conclusión, el valor que reciben los participantes del ESOP al abandonar la empresa se deriva de dos factores:

1. El porcentaje de acciones de su cuenta ESOP cuyos derechos han sido transferidos al participante (véase VII.2.6);
2. El valor de mercado de dichas acciones determinado por el tasador externo en su última valoración.

2.8. Votación de las acciones

Hemos comentado anteriormente que en términos legales el ESOP es un fideicomiso. Esta figura se encarga de mantener las acciones en nombre y para el beneficio de los participantes. Los fideicomisarios que controlan el ESOP son elegidos por el Consejo de Administración de la empresa que lo constituye, y ésta puede consultar a los trabajadores-participantes con respecto a esta elección, pero no está obligada a hacerlo (a no ser que este punto se refleja en un convenio colectivo). Los fideicomisarios tienen la responsabilidad jurídica de asegurar que el ESOP sea gestionado prudentemente y de una manera «justa y equitativa» para el beneficio de sus participantes.

Conforme con la ley y las normas establecidas en el documento constituyente, son los fideicomisarios los que deciden y aprueban mediante votación qué es lo que se debe hacer en cada momento con las acciones del ESOP (tanto con respecto a las acciones asignadas como con las acciones en la cuenta en suspenso). La ley estipula que los empleados-participantes deban «instruir» a los fideicomisarios en sus votaciones sobre determinadas cuestiones, como son, una fusión, la liquidación de la empresa, o la venta de un porcentaje importante de su activo, y los fideicomisarios están

obligados a seguir las «instrucciones» de los participantes en estos casos. Algunas empresas, en el documento constituyente, añaden a estos el derecho de voto sobre otra serie de cuestiones, como la de la elección de miembros al consejo de administración de la empresa u otras, pero la ley no obliga al Consejo de Administración a consultar a los Fideicomisarios sobre todas las cuestiones que se votan en las reuniones del Consejo.

2.9. Diversificación

Los ESOP son, en general, inversiones a largo plazo y, de hecho, están regidos por legislación referente a temas de pensiones. Puesto que los ESOP invierten en acciones de una sola empresa, tienen un factor de riesgo, es decir, su valor depende de la situación económico-financiera de una única empresa¹⁵. Otros tipos de planes de pensión mantienen los fondos invertidos en una amplia gama de valores de muy diversos sectores y, por tanto, se considera que el riesgo está más repartido y sus pagos están más garantizados. Como resultado, las regulaciones federales ESOP definen una serie de condiciones en las que el participante en un ESOP pueda «diversificar su cartera», es decir, pueda reinvertir un porcentaje de las acciones en su cuenta ESOP en otro tipo de valores fuera de la empresa.

La diversificación del valor en las cuentas ESOP se realiza en las siguientes circunstancias:

- Las personas empleadas que alcanzan los 55 años de edad y han sido participantes en el ESOP durante los 10 años anteriores pueden diversificar como máximo un 25% de las acciones de sus cuentas ESOP.
- A los 60 años, estas personas pueden diversificar otro 25% de su cuenta ESOP; es decir, al fin y al cabo, pueden diversificar un máximo de un 50% del total de las acciones de su cuenta.

2.10. Distribución de las acciones

El beneficio económico principal de ser participante, es decir, de ser un copropietario en una empresa ESOP, se materializa en el momento en

¹⁵ Estudiosos y profesionales de finanzas, sin embargo, observan que una inversión no diversificada no se califica de alto riesgo cuando el inversor tiene la capacidad de incidir directamente en el valor de la inversión, como es el caso de un trabajador-participante en un ESOP (Blasi, Kruse and Markowitz, 2010; Ellerman, 2005).

que el/la empleada-copropietaria recibe sus acciones o su valor en efectivo (aunque también perciben dividendos anuales cuando su empresa es rentable), es decir, cuando los participantes ESOP causan baja y abandonan la empresa. A partir de ese momento, tienen el derecho de recibir las acciones cuyos derechos han sido transferidos según el calendario (*vesting schedule*) establecido en el documento constituyente (véase VII.2.6). Las normas de distribución determinan el cómo y el cuándo los/las empleados/as recibirán el valor de esas acciones.

Cuando el empleado-participante se jubila o causa baja en la empresa, el proceso de distribución comienza y la empresa (o el ESOP, según lo establecido en el documento constituyente) debe comprar obligatoriamente sus acciones y desembolsarle al empleado (o a sus herederos) su valor. Cuando la empresa o el ESOP compra las acciones, el precio por acción se establece a precio de mercado determinado por un perito externo e independiente (o por la bolsa en empresas que cotizan). El pago por las acciones puede efectuarse en un solo pago o repartido en diversos pagos, siempre y cuando la cifra total sea abonada en un máximo de cinco años. La ley permite a la empresa o al ESOP desembolsar el valor de las acciones a lo largo de cinco años para facilitar una gestión de cash adecuada a sus operaciones.

Si el valor de la cuenta es mayor de 5.000 dólares, el participante puede elegir aplazar la distribución de las acciones hasta la fecha de su jubilación a los 65 años. Si el valor de la cuenta es menor a 5.000 dólares la empresa puede decidir distribuir todas las acciones durante el primer año. Todas las acciones enteras serán distribuidas a los participantes ESOP (o a sus herederos); en cambio, las acciones parciales se pagarán en metálico.

Cuando el participante recibe sus acciones, cómo se ha comentado, tiene la oportunidad de venderlas a la empresa (o al ESOP) y recibir su valor de mercado. Esta oportunidad de vender las acciones se denomina opción de venta (*put option*). El participante tiene un período de 60 días para decidir si vende las acciones. Si el participante decide vender sus acciones la empresa o el ESOP están obligadas por ley a comprarlas y a desembolsar su valor monetario.

Si la opción de venta no es ejercida, una segunda oportunidad para vender las acciones tendrá lugar después de que el ESOP notifique a los participantes el precio de mercado de las acciones para el nuevo ejercicio ESOP. De esta manera, los participantes podrán vender sus acciones al nuevo precio, que puede ser mayor o menor que el precio del anterior ejercicio.

Si un participante decide no vender sus acciones a la empresa (o al ESOP), la empresa, de todas formas, retendrá el derecho de compra de las acciones. Esto significa que, al recibir los participantes una oferta de compra de sus acciones, ese empleado debe dar primero la oportunidad a la empresa o al ESOP de comprar las acciones al mismo precio.

Una vez que el participante ha vendido las acciones a la empresa o al ESOP, recibirá el valor de una parte de esas acciones en un pago realizado a su cuenta antes de 30 días posterior a la venta. El resto se paga según las normas establecidas en el documento constituyente. Los participantes pueden elegir la forma de recibir el valor de sus acciones: o bien en metálico o bien mediante el ingreso de una cantidad en cualquier otro plan de jubilación y así evitar una parte o la totalidad de impuestos sobre las plusvalías.

VIII. EL IMPACTO DEL ESOP EN RESULTADOS EMPRESARIALES

Se han realizado numerosos estudios científicos sobre la relación entre un ESOP (u otras modalidades de participación similares) y los resultados empresariales, tanto en términos económicos como sociales. Existen más de 100 investigaciones y la mayor parte han sido realizados en EEUU, pero un buen número también se han llevado a cabo en Europa, Asia y Oceanía. Estos estudios han examinado la relación entre la participación en el capital y muchas variables socioeconómicas diferentes, como por ejemplo, el crecimiento, el empleo, la rentabilidad, la productividad, la amortización de deuda, la supervivencia de la empresa, la retribución, la identificación con la empresa, la satisfacción laboral, el absentismo, la participación en las decisiones y el ambiente de trabajo, entre otras. Los resultados de estas investigaciones son variados, pero se destacan tres tendencias de forma bastante clara:

1. *Raramente se dan resultados negativos.* La introducción de un ESOP, u otro plan de participación en el capital parecido, en muy pocas ocasiones tiene un efecto negativo en la empresa.
2. *Los resultados positivos son frecuentes.* Una mayoría importante de estas investigaciones muestran resultados favorables a la participación en el capital. Estos resultados suelen ser modestos, pero los investigadores hacen hincapié en que, si una empresa ESOP logra una ventaja económica modesta con respecto a su competencia convencional año tras año, a lo largo del tiempo una modesta ventaja anual se convierte en una ventaja acumulada importante.

3. Los resultados económicos positivos de estos estudios se producen *casi exclusivamente en empresas en las que existe una combinación* de participación financiera (mediante el ESOP u otro instrumento parecido) y participación en la toma de decisiones por parte de los trabajadores, junto con políticas y prácticas de transparencia, comunicación y formación complementarias.

En resumen, las investigaciones científicas sobre el fenómeno de la participación en el capital tienden a mostrar resultados positivos. En el Anexo «Bibliografía Científica y Recursos Pertinentes» se ha incluido un amplio número de referencias bibliográficas por si al lector le interesa indagar en estudios sobre este tema.

IX. RETOS DEL SECTOR ESOP EN EEUU: VERTIENTES DE LA PARTICIPACIÓN

Los retos de las empresas ESOP norteamericanas son los mismos que tienen todo individuo y toda organización auténticamente interesada en la participación de la persona en la empresa. La idea es llegar más allá que la participación financiera junto con una mera «participación obediente» en los asuntos de la empresa. El objetivo es ir evolucionando hacia un nuevo modelo de empresa, un modelo de participación amplia, activa y responsable, un modelo de colaboración, compromiso mutuo, iniciativa e innovación, un modelo en el que todos y todas aportan y todos y todas comparten la riqueza generada. Los partidarios de la empresa participada buscan una nueva forma de «hacer empresa» en la que, al final, la combinación de estas diferentes dimensiones de la participación genera sinergias económicas y sociales importantes.

Uno de los retos que supone este nuevo modelo es el de crear, mediante el liderazgo, los distintos *espacios* necesarios para desarrollar diferentes dinámicas y tipos de participación (IMH et al., 2014; Iriarte, 2014). El primero de estos espacios se crea para lo que se ha llamado «la generación colectiva de sentido» es decir, la elaboración participativa de una misión y una estrategia de negocio. Otro *espacio* tiene como objeto el desarrollo de más autonomía de decisión en el trabajo para los individuos e, incluso más importante, para equipos. Todavía otro *espacio* sería para la libre expresión; es decir, un flujo de información en múltiples direcciones y una comunicación abierta y natural entre personas, todas partícipes en el mismo proyecto empresarial.

Por último, las empresas ESOP tienen el reto de idear «regulaciones idóneas», es decir, regulaciones y políticas justas y medidas dirigidas a fomentar el trabajo en equipo y el desarrollo de persona —regulaciones y políticas de formación, retribución, organización, que apoyan la participación de todos y la asunción colectiva e individual de responsabilidades. Muchas empresas ESOP tienen mucho camino por recorrer todavía en cuanto a la asunción de estos retos. Otras empresas ESOP los han aceptado, están trabajándolos y la investigación científica va documentando sus avances. Todas tendrán que seguir este camino de construir espacios de participación si les interesa obtener beneficios socioeconómicos a raíz del ESOP. La participación financiera no es una varita mágica que convierte una empresa normal y corriente en una empresa excelente y participativa, sino es un elemento —importante, pero, a fin de cuentas, sólo uno— en un proceso de desarrollo multidimensional, un proceso de desarrollo que es imprescindible trabajar y fortalecer de forma continua e innovadora. La participación no es «un programa» que se instala en un momento determinado; es un proceso complejo que debe ser atendido a lo largo de la vida de la organización.

X. RESUMEN Y CONCLUSIONES. EL ESOP Y SUS VENTAJAS PRINCIPALES

El ESOP es una figura jurídica que ha sido y sigue siendo muy útil para fomentar la participación de trabajadores en el capital de sus empresas en los Estados Unidos. Ostenta una serie de características muy ventajosas que ha ayudado a consolidar la participación financiera como uno de los fenómenos empresariales más importantes —y menos comentados— de los últimos 50 años en Norteamérica. En resumen, estas características son:

1. Facilita una transición gradual, escalonada y flexible desde una empresa convencional hacia una empresa participada, una transición, muchas veces, más viable que la que exige que se traslade más del 50% del capital a los trabajadores de golpe en una única transacción. El ESOP permite que pase el porcentaje del capital a los empleados y las empleadas que sea viable en un momento determinado, desde un 0,1% al 100%; y que ese porcentaje vaya en aumento según las posibilidades de la organización.
2. Permite que la empresa y sus trabajadores hagan uso del valor del activo de la misma y su capacidad de generar cash con el fin de obtener la financiación necesaria para iniciar la entrada de trabajadores

en el capital. En general, los trabajadores de base, como individuos, no disponen ni del capital ni la capacidad de endeudamiento precisos para hacer operaciones financieras de estas dimensiones y, por consiguiente, el ESOP proporciona una oportunidad para la participación financiera que la gran mayoría de personas trabajadoras no tendrían;

3. Agrupa a las personas trabajadoras participantes en una estructura estable y regulada que elimina las tensiones financieras y sociales a las que pueden dar lugar la participación financiera individualizada, sobre todo con respecto a la entrada y salida de participantes y aún más en la presencia de ofertas externas oportunistas de compra de acciones. Un/a trabajador/a o un grupo reducido de trabajadores no puede romper el ESOP ante una oferta tentadora o amenaza externa.

Debido a estas características, como hemos comentado, el ESOP ha tenido consecuencias positivas, amplias y duraderas en la sociedad norteamericana. Ha permitido la participación de varios millones de trabajadores en el capital de sus empresas y ha facilitado importantes mejoras competitivas en miles de estas empresas. En definitiva, ha procurado dar más sentido al trabajo diario y más recompensa económica a un porcentaje importante de la población estadounidense. Junto con determinadas ventajas fiscales, estas características también han convertido el ESOP en una herramienta muy valiosa para garantizar el relevo generacional en muchos miles de PYMES y así mantener un gran número de puestos de trabajo y, a la vez, fortalecer el tejido socioeconómico en muchas zonas del país.

Sin duda alguna, no todas las casi 10.000 empresas ESOP existentes en EEUU exhiben todas estas características tan positivas. Dadas las dimensiones del fenómeno y el reto que supone recoger datos globales a nivel nacional, es difícil afirmar con precisión qué porcentaje de empresas ESOP son de esta naturaleza. No obstante, las estadísticas e investigaciones existentes sobre el fenómeno ESOP en EEUU son suficientemente numerosas, amplias y rigurosas para poder hacer la siguiente afirmación general: la implantación del ESOP ha mejorado de forma considerable los resultados económicos de un número de empresas muy importante y la vida laboral de un número igualmente importante de personas.

El ESOP es, seguramente, una figura algo peculiar; una figura diseñada para el entorno jurídico-fiscal norteamericano. Dicho esto, en términos resumidos, es una herramienta operativa. Por muy inusuales que sean sus diversos elementos y su funcionamiento para legisladores españoles, muchas

evidencias señalan que el ESOP ha producido resultados socio-económicos claramente favorables. Varios países han adaptado diferentes características del ESOP a sus contextos jurídico-fiscales y esperamos que España siga este camino en un futuro próximo. De esta forma, sus empresas y trabajadores y trabajadoras también podrán disfrutar de sus ventajas socioeconómicas y la economía española puede avanzar hacia un nuevo modelo de empresa, relaciones laborales y desarrollo territorial más colaborativo y equitativo.

Bibliografía

- ALTENBERG, L. (1990). «Beyond capitalism: Leland Stanford's forgotten vision». *Sandstone and Tile-Stanford Historical Society*, 14(1), 8-20.
- BLASI, J. R., KRUSE, D. L., & MARKOWITZ, H. M. (2010). «Risk and lack of diversification under employee ownership and shared capitalism». In D. L. KRUSE, R. B. FREEMAN & J. R. BLASI (Eds.), *Shared capitalism at work: Employee ownership, profit and gain-sharing, and broad-based stock options* (pp. 105-138). London: University of Chicago Press.
- BLASI, J. R., FREEMAN, R. B., & KRUSE, D. (2014). *The citizen's share: Reducing inequality in the 21st century*.
- DUH, M. (2012). «Family businesses: The extensiveness of ownership succession problems and possible solutions». In T. BURGER-HELMCHEN, A. M. PINES, M. LERNER & C. B. HENNON (Eds.), *Entrepreneurship: Gender, geographies and social context* (pp. 209-234). Rijeka, Croatia: InTech Europe.
- EFES-European Federation for Employee Share Ownership. (2017). *All about employee ownership* / Basic information. Retrieved from <http://www.efesonline.org/about%20EO%20EN.htm>.
- ELLERMAN, D. (2005). «The two institutional logics: Exit-oriented versus commitment-oriented institutional designs». *International Economic Journal*, 19(2 June), 147-168.
- EUROSTAT. (2017). *Industry by employment size, class*. Retrieved from http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=sbs_sc_ind_r2&lang=en.
- GATES, J. (1998). *The ownership solution: Towards a shared capitalism for the twenty-first century*. London: Penguin Books.
- GRAF VON SCHWERIN, A., & SHARMA, M. (2010, 21 octubre). *Participación financiera de los trabajadores en europa - dictamen del comité económico y social europeo*. SOC/371 - CESE 1375/2010 DE/NT/ym. Bruselas: CESE.
- HERNÁNDEZ, J., & NOLTE, J. (2013). *La participación financiera de las personas en la empresa*. Madrid, España: Escuela de Organización Industrial/Ministerio de Industria Español y CONFESAL.
- IMH-Instituto de Máquina Herramienta, Incess, Ekide, MIK-Mondragon Innovación en Gestión, & Universidad del País Vasco. (2014). *Proyecto CyS: Transitando hacia una cultura de empresa competitiva y sostenible*. Donostia, Gipuzkoa, Spain: Departamento de Innovación, Desarrollo Rural y Turismo; Fondo Social Europeo; Gipuzkoa Ekintzailea.

- IRIARTE, M. (2014). *Responsable de Proyectos de Incess/IMH durante el proyecto CyS - Transitando hacia la empresa competitiva y sostenible. Entrevistas a lo largo de la primavera del 2014*. Gipuzkoa, España:
- LOGUE, J., & YATES, J. (2001). *The real world of employee ownership*. Ithaca, N.Y.: ILR Press.
- LOWITZSCH, J., HASHI, I., & WOODWARD, R., eds. (2009). *The PEPPER IV report: Benchmarking of employee participation in profits and enterprise results in the member and candidate countries of the european union*. (...). Berlin: Inter-University Centre at the Institute for Eastern European Studies, Free University of Berlin.
- NCEO-National Center for Employee Ownership. (2018). *A statistical profile of employee ownership*. Retrieved 10-06-2018 de <https://www.nceo.org/articles/statistical-profile-employee-ownership>.
- OECD.Stat. (2017). *Social protection and well-being/Wealth distribution*. Retrieved from <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=WEALTH>.
- ROSEN, C. (2015, abril). *Fundador y antiguo gerente del NCEO-National Center for Employee Ownership. Comunicación personal/entrevista*. Oakland, California:
- SORIANO, D. (2017, 20 de mayo). *La triste realidad*. En la OCDE, sólo en italia la productividad ha subido menos que en españa desde 1995. <http://www.libremercado.com/2017-05-20/la-triste-realidad-en-la-ocde-solo-en-italia-la-productividad-ha-subido-menos-que-en-espana-desde-1995-1276599352/>. *Libremercado*.
- WIEFEK, N. (2017). *Employee ownership and economic well-being*. Oakland, California: National Center for Employee Ownership (NCEO).
- Yambol CCI-Chamber of Commerce and Industry. (2016). *Report on state-of-the-art in family business transfers (sucession: Making family businesses successful through education and training, proj.no:2015-1-BG01-KA202-014247)*. Brussels, Belgium: Erasmus+/European Commission.
- YOUNG, O. D. (1927). «Dedication address». *Harvard Business Review*, 5(4), 387-394.

ANEXO: «BIBLIOGRAFÍA CIENTÍFICA SOBRE LOS EFECTOS EMPRESARIALES DEL CAPITAL Y OTROS RECURSOS»

Libros, Artículos y Otros Estudios Científicos

- ALTENBERG, L. (1990). «Beyond capitalism: Leland Stanford's forgotten vision». *Sandstone and Tile-Stanford Historical Society*, 14(1), 8-20.
- ARANDO, S., FREUNDLICH, F., GAGO, M., JONES, D. C., & KATO, T. (2011). «Assessing mondragon: Stability and managed change in the face of globalization». In E. J. CARBERRY (Ed.), *Employee ownership and shared capitalism: new directions in research* (...). Champaign, Illinois: Labor and employment relations association at the University of Illinois Urbana-Champaign.
- ARANDO, S., GAGO, M., JONES, D., & KATO, T. (2015). «Efficiency in employee-owned enterprises: An econometric case study of mondragon». *Industrial & Labor Relations Review*, 68(2), 398-425.
- AZKARRAGA, J., CHENEY, G., & UDAONDO, A. (2012). «Workers participation in a globalized market: Reflections on and from mondragon». In M. ATZENI (Ed.), *Alternative work organizations* (pp. 76-102). London: Palgrave Macmillan.

- BAKAN, I., SUSENO, Y., PINNINGTON, A., & MONEY, A. (2004). «The influence of financial participation and participation in decision-making on employee job attitudes». *International Journal of Human Resource Management*, 15(3), 587-616.
- BASTERRETXEA, I., & STOREY, J. (2017). «Do employee-owned firms produce more positive behavior outcomes? if not, why not? A british-spanish comparative analysis». *British Journal of Industrial Relations*, 55(1), 1-28.
- BERRY, D. P., & SCHNEIDER, S. (2011). «Improving the quality of home health aide jobs: A collaboration between organized labor and a worker cooperative». *Employee Ownership and Shared Capitalism: New Directions in Research*, Edited by EJ Carberry. Champaign, IL: Labor and Employment Relations Association, 59-89.
- BLASI, J. R., KRUSE, D. L., & MARKOWITZ, H. M. (2010). «Risk and lack of diversification under employee ownership and shared capitalism». In D. L. KRUSE, R. B. FREEMAN & J. R. BLASI (Eds.), *Shared capitalism at work: Employee ownership, profit and gain-sharing, and broad-based stock options* (pp. 105-138). London: University of Chicago Press.
- BLASI, J. R., FREEMAN, R. B., & KRUSE, D. (2014). *The citizen's share: Reducing inequality in the 21st century*.
- BLASI, J. R., & KRUSE, D. (1991). *The new owners: The mass emergence of employee ownership in public companies and what it means to american business*. New York: HarperCollins.
- BROWN, G., PIERCE, J. L., & CROSSLEY, C. (2014). «Toward an understanding of the development of ownership feelings». *Journal of Organizational Behavior*, 35, 318-338.
- BUCHKO, A. A. (1992). «Effects of employee ownership on employee attitudes: A test of three theoretical perspectives». *Work and Occupations*, 19(1), 59-78.
- (1993). «The effects of employee ownership on employee attitudes: An integrated causal model and path analysis». *Journal of Management Studies*, 30(4), 633-657.
- CARBERRY, E. J. (Ed.). (2011). *Employee ownership and shared capitalism: New directions in research*. Champaign, Illinois: Labor and employment relations association: University of Illinois Urbana-Champaign.
- CHENEY, G. (1999). *Values at work. employee participation meets market pressure at mondragón*. Ithaca, NY: Cornell University Press.
- CHIU, W. C. K., HUI, C. H., & LAI, G. W. F. (2007). «Psychological ownership and organizational optimism amid china's corporate transformation: Effects of an employee ownership scheme and a management-dominated board». *International Journal of Human Resource Management*, 18(2), 303-320. doi:10.1080/09585190601102539.
- COUCHMAN, P. (2017). «Governance and organizational challenges». In J. MICHIE, J. R. BLASI & C. BORZAGA (Eds.), *The Oxford handbook of mutual, co-operative and co-owned business (...)*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- DIRKS, K. T., CUMMINGS, L. L., & PIERCE, J. L. (1996). «Psychological ownership in organizations: Conditions under which individuals promote and resist change». In R. W. WOODMAN, & W. A. PASMORE (Eds.), *Research in organizational change and development* (pp. 1-23). Greenwich, CT: JAI Press.
- DONG, X. Y., BOWLES, P., & HO, S. P. S. (2002). «Share ownership and employee attitudes: Some evidence from China's postprivatization rural industry». *Journal of Comparative Economics*, 30(4), 812-835.
- DUH, M. (2012). «Family businesses: The extensiveness of ownership succession problems and possible solutions». In T. BURGER-HELMCHEN, A. M. PINES, M. LER-

- NER & C. B. HENNON (Eds.), *Entrepreneurship: Gender, geographies and social context* (pp. 209-234). Rijeka, Croatia: InTech Europe.
- ELLERMAN, D. (1992). *Property and contract in economics: The case for economic democracy*. Cambridge, MA: Basil and Blackwell (now <http://www.ellerman.org/Davids-Stuff/Books/p&c.htm>).
- (2015). «The case for employee-owned companies». *Paul Solman's MAKING SENSE / PBS Newshour*, <http://www.pbs.org/newshour/making-sense/column-the-case-for-employee-owned-companies/#>
- ETZIONI, A. (1991). «The socio-economics of property». *Journal of Social Behavior and Personality*, 6(Special Issue), 465-468.
- FAKHFAKH, F., PÉROTIN, V., & GAGO, M. (2012). «Productivity, capital and labor in labor-managed and conventional firms». *Industrial and Labor Relations Review*, 65(4), 847-879.
- FREEMAN, S. F. (2007). «Effects of ESOP adoption and employee ownership: Thirty years of research and experience». *Organizational Dynamics Working Papers*. 2.
- FREUNDLICH, F., GAGO, M., PISANO, F., & ELIO, E. (accepted: July, 2013). «Job satisfaction, satisfaction with employee ownership and interest in employee ownership in a large retail firm in mondragon». *4th Annual EMES Research Conference (Llège, Belgium)*.
- FREUNDLICH, F., ARANDO, S., GAGO, M., JONES, D., & KATO, T. (2013). «Institutional innovation in mondragon: Context, shape and consequences». In J. L. KLEIN (Ed.), *Pour une nouvelle mondialisation: Le défi d'innover (towards a new globalization: The challenge of innovation)* (...). Montreal: Presses de l'Université du Québec (Social Innovation Series).
- FURBY, L. (1991). «Understanding the psychology of possessions and ownership: A personal memoir and an appraisal of our progress». *Journal of Social Behavior and Personality*, 6(6), 457-463.
- GAMBLE, J. E., CULPEPPER, R., & BLUBAUGH, M. G. (2002). «ESOPs and employee attitudes. the importance of empowerment and financial value». *Personnel Review*, 31(1), 9-26.
- GAO-United States General Accounting Office. (1987). *Employee stock ownership plans: Little evidence of effects on corporate performance* (GAO/PEMD-88-1). (...).
- GATES, J. (1998). *The ownership solution: Towards a shared capitalism for the twenty-first century*. London: Penguin Books.
- GRAF VON SCHWERIN, A., & SHARMA, M. (2010, 21 octobre). *Participación financiera de los trabajadores en europa - dictamen del comité económico y social europeo*. SOC/371 - CESE 1375/2010 DE/NT/ym. Bruselas: CESE.
- HALLOCK, D. E., SALAZAR, R. J., & VENNEMAN, S. (2004). «Demographic and attitudinal correlates of employee satisfaction with an ESOP». *British Journal of Management*, 15(4), 321-333.
- HAMMER, TOVE, LANDAU J. C., & STERN, R. (1981). «Absenteeism when workers have a voice: The case of employee ownership». *Journal of Applied Psychology*, (66), 561-573.
- HERNÁNDEZ, J., & NOLTE, J. (2013). *La participación financiera de las personas en la empresa*. Madrid, España: Escuela de Organización Industrial/Ministerio de Industria Español y CONFESAL.

- HERZBERG, F. (1968/1996). «One more time: How do you motivate employees?» In J. S. OTT (Ed.), *Classic readings in organizational behavior* (pp. 76-85). New York: Harcourt Brace College Publishers.
- HOCHNER, A., & GRANROSE, C. S. (1985). «Sources of motivation to choose employee ownership as an alternative to job loss». *Academy of Management Journal*, 28, 860-875.
- HOCKERTIN, C., & HARENSTAM, A. (2006). «The impact of ownership on psychosocial working conditions: A multi-level analysis of 60 workplaces». *Economic and Industrial Democracy*, 27(2), 245-284.
- JONES, D. C. (2007). «The productive efficiency of Italian producer cooperatives: Evidence from conventional and cooperative firms». In S. NOVKOVIC, & V. SENA (Eds.), *Advances in the economic analysis of participatory and labor managed firms*, vol. 10 (pp. 3-28) Emerald Publishing Group.
- JONES, D. C., KALMI, P., KATO, T., & MÄKINEN, M. (2017). «Complementarities between employee involvement and financial participation do institutional context, differing measures, and empirical methods matter?». *ILR Review*, 70(2), 395-418. doi:10.1177/0019793916657538.
- JONES, D., & KATO, T. (1995). «The productivity effects of employee-stock ownership plans and bonuses: Evidence from Japanese panel data». *American Economic Review*, 83(3), 391-415.
- KAARSEMAKER, E. (2006). *Employee ownership and human resource management: A theoretical and empirical treatise with a digression on the Dutch context*. Nijmegen, The Netherlands: Doctoral Dissertation, Radboud University Nijmegen.
- KASMIR, S. (1996). *The myth of Mondragón: Cooperatives, politics and working-class life in a Basque town*. Albany, NY: State University of New York (SUNY) Press.
- KLEIN, K. J. (1987). «Employee stock ownership and employee attitudes: A test of three models». *Journal of Applied Psychology Monograph*, 72(2), 319-332.
- KLEIN, K. J., & HALL, R. J. (1988). «Correlates of employee satisfaction with stock ownership: Who likes an ESOP most?». *Journal of Applied Psychology*, 73(4), 630-638.
- KRAMER, B. (2010). «Employee ownership and participation effects on outcomes in firms majority employee-owned through employee stock ownership plans in the US». *Economic and Industrial Democracy*, 31(4), 449-476.
- KRUSE, D. (1984). *Employee ownership and employee attitudes: Two case studies*. Norwood: Norwood Editions.
- (2002). *Research evidence on the prevalence and effects of employee ownership. testimony presented before the subcommittee on employer-employee relations, U.S. house of representatives; 107th cong., 2. (...)*. Washington, D.C.:
- KRUSE, D. L., BLASI, J. R., & PARK, R. (2010). «Shared capitalism in the U.S. economy: Prevalence, characteristics, and employee views of financial participation in enterprises». In D. L. KRUSE, R. B. FREEMAN & J. R. BLASI (Eds.), *Shared capitalism at work: Employee ownership, profit and gain sharing, and broad-based stock options* (pp. 41-76). Chicago: University of Chicago Press-National Bureau of Economic Research.
- KRUSE, D. L., FREEMAN, R. B., & BLASI, J. R. (2010). «Do workers gain by sharing? employee outcomes under employee ownership, profit-sharing and broad-based stock options». In D. L. KRUSE, R. B. FREEMAN & J. R. BLASI (Eds.), *Shared capita-*

- lism at work: Employee ownership, profit and gain sharing and broad-based stock options* (pp. 257-289). Chicago: University of Chicago Press.
- (Eds.). (2010). *Shared capitalism at work: Employee ownership, profit and gain sharing and broad-based stock options*. Chicago: University of Chicago Press-NBER.
- KURTULUS, F. A., KRUSE, D. L., & BLASI, J. R. (2011). «An empirical analysis of risk preferences, compensation risk and employee outcomes». In E. J. CARBERRY (Ed.), *Employee ownership and shared capitalism: New directions in research* (pp. 147-176). Champaign, IL, USA: LERA-Labor and Employment Relations Association, University of Illinois, Urbana-Champaign, School of Labor and Employment Relations.
- KUVAAS, B. (2003). «Employee ownership and affective organizational commitment: Employees' perceptions of fairness and their preference for company shares over cash». *Scandinavian Journal of Management*, 19, 193-212.
- LOGUE, J., & YATES, J. (2005). *Productivity in cooperatives and worker-owned enterprises: Ownership and participation make a difference!* International Labour Office Geneva.
- (2001). *The real world of employee ownership*. Ithaca, N.Y.: ILR Press.
- (2011). «Ohio's ESOP companies through two decades: Growing up or growing old?». In E. J. CARBERRY (Ed.), *Employee ownership and shared capitalism: New directions for research* (pp. 273-310). Champaign, Illinois, USA: LERA-Labor and Employment Relations Association, University of Illinois, Urbana-Champaign, School of Labor and Employment Relations.
- LONG, R. J. (1978). «The effects of employee ownership on organizational identification, employee job attitudes, and organizational performance: A tentative framework and empirical findings». *Human Relations*, 31(1), 29-48.
- (1980). «Job attitudes and organizational performance under employee ownership». *Academy of Management Journal*, 23(4), 726-737.
- (1982). Worker ownership and job attitudes: A field study. *Industrial Relations*, 21, 196-215.
- LOWITZSCH, J., HASHI, I., & WOODWARD, R., eds. (2009). *The PEPPER IV report: Benchmarking of employee participation in profits and enterprise results in the member and candidate countries of the european union*. (...). Berlin: Inter-University Centre at the Institute for Eastern European Studies, Free University of Berlin.
- MARTINS, E., NERDINGER, F. W., PUNDT, A., & HORSMANN, C. S. (2007). *Psychological ownership in organisations: Antecedents and consequences. paper presented at the XIIIth european congress of work and organisational psychology*. (...). Stockholm:
- MATHEWS, R. (1999). *Jobs of our own: Building a stake-holder society*. Australia: Pluto Press Australia.
- MCCARTHY, J. E., VOOS, P. B., EATON, A. E., KRUSE, D. L., & BLASI, J. R. (2011). «Solidarity and sharing: Unions and shared capitalism». In E. J. CARBERRY (Ed.), *Employee ownership and shared capitalism: New directions in research* (pp. 27-58). Champaign, Illinois: Labor and employment relations association: University of Illinois at Urbana-Champaign.
- MCQUAID, R., HOLLYWOOD, E., BOND, S., CANDUELA, J., RICHARD, A., & BLACKLEDGE, G. (2012). *Fit for work? health and wellbeing of employees in employee owned business: Final report to employee ownership association*. Edinburgh, Scotland: Employment Research Institute, Edinburgh Napier University / John Lewis Partnership.

- MONZON, J. L., & CHAVES, R. (2012). *The social economy in the european union*. Brussels: European Economic and Social Committee: «Visits and Publications» Unit EESC-2012-55-EN.
- NCEO-National Center for Employee Ownership. *Latest ESOP research and surveys*, April, 30th, 2017. Retrieved from <http://www.nceo.org/main/research-surveys.php>.
- OWNERSHIP ASSOCIATES. (2001). «Ownership and motivation: What does ownership mean to employees?». *Ownership Culture Report*, 1(4).
- PENDLETON, A., & ROBINSON, A. (2010). «Employee stock ownership, involvement, and productivity: An interaction-based approach». *Industrial & Labor Relations Review*, 64(1), 3-29.
- PENDLETON, A., WILSON, N., & WRIGHT, M. (1998). «The perception and effects of share ownership: Empirical evidence from employee buy-outs». *British Journal of Industrial Relations*, 36(1), 99-123.
- PEROTIN, V. (2016). «What do we really know about workers' co-operatives?». In WEBSTER, A., SHAW, L., & VORBERG-RUGH, R. (Ed.), *Mainstreaming co-operation: An alternative for the twenty-first century?* (pp. 239) Manchester University Press.
- PEROTIN, V., & ROBINSON, A. (2003). *Employee participation in profit and ownership: A review of the issues and evidence*. (No. European Parliament Directorate of Research Working Paper, Social Affairs Series SOCI 109 EN). Luxembourg, European Parliament:
- PIERCE, J. L., & JUSSILA, I. (2011). *Psychological ownership and the organizational context: Theory, research evidence, and application*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, New Horizons in Management Series.
- POUTSMA, E., VAN EERT, C., & LIGTHART, P. E. M. (2015). «Employee ownership and organizational citizenship behavior: High performance ownership systems and the mediating role of psychological ownership». In A. KAUKANEN (Ed.), *Advances in the economic analysis of participatory & labor-managed firms (vol. 16)* (pp. 223-248). Bingley, UK: Emerald Group Publishing Limited. doi:doi:10.1108/S0885-333920150000016015.
- REEVES, R. (2007). *CoCo companies: Work, happiness and employee ownership*. London: Employee Ownership Insight (Employee Ownership Association).
- RHODES, S. R., & STEERS, R. M. (1981). «Conventional vs. worker-owned firms». *Human Relations*, 34, 1013-1035.
- ROELANTS, B., HYUNGSIK, E., & TERRASI, E. (2015). *Industrial and service cooperatives 2013-14: Global report*. Brussels, Belgium: CICOPA and Grupo Desjardins.
- ROMERO, A. J. (2000). «La democracia a examen: Creencias, actitudes y valores en el cooperativismo de trabajo asociado de Andalucía». *Revista De Psicología Social*, 15(3), 297-318.
- ROSEN, C., & QUARREY, M. (1987). «How well is employee ownership working?». *Harvard Business Review*, 65(5), 126-132.
- ROSEN, C., CASE, J., & STAUBUS, M. (2005). *Equity: Why employee ownership is good for business*. Boston: Harvard Business School Press.
- ROUSSEAU, D. M., & SHPERLING, Z. (2003). «Pieces of the action: Ownership and the changing employment relation». *Academy of Management Review*, 28(4), 553-570.

- SENGUPTA, S., WHITFIELD, K., & MCNABB, B. (2007). «Employee share ownership and performance: Golden path or golden handcuffs?» *International Journal of Human Resource Management*, 18(8), 1507-1538. doi:10.1080/09585190701502620.
- STEGER, T., & HARTZ, R. (2008). «The power of participation? power relations and processes in employee-owned companies». *Zeitschrift Für Personalforschung (German Journal of Human Resource Research)*, 22(2), 152-170.
- STOREY, J., BASTERRETXEA, I., & SALAMAN, G. (2014). «Managing and resisting «degeneration» in employee-owned businesses: A comparative study of two large retailers in Spain and the United Kingdom». *Organization*, 21(5), 626-644.
- VAN DYNE, L., & PIERCE, J. L. (1993, April). *Employee ownership: Empirical support for mediated relationships. paper presented at the eighth annual conference of the society for industrial and organizational psychology, reported in Pierce, J. and Jussila, I. (2011) Psychological ownership and the organizational context: Theory, research and application*. San Francisco, California: SIOP.
- VAN DYNE, L., & PIERCE, J. L. (2004). «Psychological ownership and feelings of possession: Three field studies predicting employee attitudes and organizational citizenship behaviour». *Journal of Organizational Behavior*, 25, 439-459.
- WELTMANN, D., BLASI, J. R., & KRUSE, D. L. (2015). «Does employee ownership affect attitudes and behaviors? The role of selection, status, and size of stake». *Advances in the economic analysis of participatory & labor-managed firms* (pp. 249-275) Emerald Group Publishing Limited.
- WHYTE, W. F., & WHYTE, K. K. (1991). *Making Mondragon: the growth and dynamics of the worker cooperative complex* (2nd edition). New York: ILR Press.
- WIEFEK, N. (2017). *Employee ownership and economic well-being*. Oakland, California: National Center for Employee Ownership (NCEO).
- WILSON, N., & PEEL, M. J. (1991). «The impact on absenteeism and quits of profit-sharing and other forms of employee participation». *Industrial and Labor Relations Review*, 44(3), 454-468.
- WINTHER, G. (1999). «Theory 0 - is the case closed?». *Economic and Industrial Democracy*, 20, 269-293.
- YOUNG, O. D. (1927). «Dedication address». *Harvard Business Review*, 5(4), 387-394.

Páginas Web

- <http://www.nceo.org>; Nacional Center for Employee Ownership (NCEO), Oakland, California, EEUU. Un centro de servicios, información e investigación sin fines de lucro. Proporciona asesoramiento técnico a empresas ESOP y similares, realiza investigación sobre la figura, y comunica con los medios de comunicación, el mundo empresarial y sindical, y con organismos gubernamentales.
- <http://www.ESOPassociation.org/>; The ESOP Association of America, Washington, DC, EEUU. Una asociación que trabaja en pro de los ESOPs, como «lobby» y como centro de información para empresas, sindicatos, individuos y medios de comunicación.
- <http://www.beysterinstitute.org/index.cfm> The Beyster Institute, San Diego, California, EEUU. Es un centro de asesoramiento y información, ubicado la Rady School of Management de la Universidad de California-San Diego, cuya misión es fomen-

tar el entrepreneurship y la participación financiera de trabajadores para crear empresas más potentes e innovadoras.

<http://www.efesonline.org/>. European Federation for Employee Stock Ownership (EFES), Bruselas, Bélgica. Una asociación europea que promociona la participación financiera de trabajadores en sus empresas. Trabaja como «lobby» en las instituciones europeas, organizador de congresos, y centro de información.

http://www.beysterinstitute.org/about_us/our_history/fed.cfm. The Foundation for Enterprise Development, San Diego, California, EEUU. Un centro internacional que proporciona formación para directivos, ayuda en el desarrollo de empresas basadas en la ciencia y tecnología y promociona el ESOP y figuras similares en diverso países.

La experiencia alemana de participación financiera de los trabajadores en la empresa

ROSA OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA

*Profesora Agregada (Contratada Doctora) de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES. 1. Primeras experiencias. 2. La participación tras la I Guerra Mundial. 3. La participación tras la II Guerra Mundial. III. LA LEY DE PARTICIPACIÓN FINANCIERA DE LOS TRABAJADORES DE 7 DE MARZO DE 2009 Y EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN. 1. La ley de participación financiera de los trabajadores. 2. El estado actual de la cuestión. IV. PARTICIPACIÓN EN EL ÉXITO DE LA EMPRESA (*ERFOLGSBETEILIGUNG*). 1. Configuración. 2. Algunos ejemplos. 2.1. EGL Entwicklung und Gestaltung von Landschaft GmbH (S.L.). 2.2. SCHRAG Kantprofile GmbH (S.L.). 2.3. FLACHGLAS Wernberg GmbH (S.L.). 2.4. Sedus Stoll A. G. (S.A.). V. PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL (*KAPITALBETEILIGUNG*). 1. Adquisición por los trabajadores de acciones o participaciones. 1.1. Adquisición de acciones. 1.2. Adquisición de participaciones. 1.3. Algunos ejemplos. A) Meissner AG Modell und Werkzeugfabrik (SA). B) Grünbeck Wasseraufbereitung GmbH (SL). 2. Cuentas en participación. 2.1. Concepción. 2.2. Algunos ejemplos. A) Eisenwerk Würth GmbH (SL). B) SCHRAG Kantprofile GmbH (S.L.). 3. Bonos de disfrute. 3.1. Concepción. 3.2. Algún ejemplo: Sorpetaler Fensterbau GmbH (SL). 4. Préstamos de los trabajadores. 4.1. Concepción. 4.2. Algunos ejemplos. A) Sedus Stoll AG (SA). B) SCHRAG Kantprofile GmbH (SL). 5. Participación indirecta. 5.1. Concepción. 5.2. Algunos ejemplos. A) FLACHGLAS Wernberg GmbH (SL). B) HOMAG Group AG (SA). VI. VALORACIÓN DE LOS PARTES INTERESADAS. VII. CONCLUSIONES. Bibliografía.

RESUMEN: Cuando se habla de participación de los trabajadores en la empresa en Alemania suele pensarse, sobre todo, en el sistema de cogestión (*Mitbestimmung*), es decir, en la participación en la gestión empresarial. El objetivo de este trabajo, sin embargo, es analizar la participación financiera: en los beneficios empresariales y/o en el capital. Los instrumentos que articulan esa participación son muy variados en la empresa alemana dependiendo de sus características: tamaño, forma social, objetivo que persigue, etc.

La forma más simple es la de la participación en los beneficios empresariales. A menudo éste es el inicio de una implicación mayor que llega hasta la adquisición por los trabajadores, directa o indirectamente de cuotas de capital que les convierten en copropietarios de la empresa. En la financiación de esa adquisición intervienen la propia empresa, la administración pública y los trabajadores interesados. A lo largo

de este trabajo se expondrán los distintos mecanismos utilizados para hacer efectiva esa participación.

Palabras clave: participación financiera, participación en beneficios, incentivos fiscales, adquisición de acciones o participaciones, fondos de participación, deuda subordinada, cuentas en participación.

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la participación de los trabajadores en la empresa cuenta en Alemania, como en el resto de la Unión, con una larga historia. Lo específico de la experiencia alemana es el mayor desarrollo que ha tenido la denominada «participación inmaterial», esto es, la participación en los procesos de decisión en el seno de la empresa, la codecisión de los trabajadores en el ámbito de la gestión (*Mitbestimmung*). Legalmente regulada, ha sido modelo para otros estados y para las formas societarias europeas (sociedad anónima europea, proyecto de sociedad limitada europea). Este protagonismo de la cogestión ha supuesto una menor preocupación de las partes interesadas (en especial de la representación de los trabajadores) por la «participación material», por la participación en los beneficios o en el capital de las empresas (Tzschentke, 2010).

A pesar de ello, y sobre todo en momentos de crisis, la participación financiera ha sido, de forma recurrente, objeto de discusión en el ámbito de la política, la literatura jurídica y la práctica empresarial. Periódicamente se han venido pidiendo medidas de fomento por parte del Estado para impulsar una forma de participación que se considera insuficiente, sobre todo en comparación con la realidad de otros estados europeos como Francia o Reino Unido (Otto, 2011; Tzschentke, 2010)¹. Los sucesivos informes PEPPER² ponen de manifiesto esa realidad y sirven de argumento a los partidarios de la participación financiera para volver a insistir en la necesidad de incentivos³ que la impulsen.

¹ En 2014 0,8 millones de trabajadores cuentan con acciones de sus empresas, frente a 3,3 millones en Francia o 2,2 en Gran Bretaña, <http://www.agpev.de/downloads/2015-05-28-agenda-mitarbeiterkapitalbeteiligung.pdf>.

² Acrónimo de *Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results*, el primero de ellos de 1991 y el cuarto de 2010.

³ Así, entre otras instituciones, la Federación para la participación de los trabajadores Bundesverband Mitarbeiterbeteiligung (agpev.de), *vid.* <http://www.agpev.de/presse/pm-volltext-2332016/index.html>.

Cuando hablamos de participación financiera hablamos de dos formas de participación. Por un lado la participación en los resultados o en el éxito (*Erfolgsbeteiligung*), que implica un reparto de los beneficios obtenidos por la empresa entre los proveedores de capital y los de trabajo, de forma que estos últimos, además de un salario predeterminado obtienen una parte variable de ingresos en función de los resultados de la empresa.

Por otro lado está la participación en el capital (*Kapitalbeteiligung*), a través de la titularidad de acciones o participaciones principalmente, que supone participación indirecta en los resultados a través de la percepción de dividendos o del incremento de valor de esas acciones o participaciones (los trabajadores son cotitulares de la empresa). En este último apartado se incluye también la financiación externa de la empresa por medio de préstamos, cuentas en participación, etc. (los trabajadores son acreedores de la empresa). Se trataría de capital en sentido amplio o en sentido financiero.

Es esta segunda forma de participación financiera la que es objeto de una mayor discusión⁴ en Alemania y la que ha sido impulsada, aunque tímidamente según sus defensores, por medio de medidas legislativas de apoyo a la constitución de un patrimonio personal de las personas trabajadoras, con subvenciones estatales para la adquisición de participaciones en el capital de las empresas (*Arbeitnehmersparzulage*) y con diversas exenciones fiscales.

Datos de 2011 nos hablan de un 9% de empresas con sistemas de participación en los beneficios (que afectarían a un 12% de los trabajadores) y solo un 2% de empresas con programas de participación en el capital (con incidencia en un 3% de los trabajadores) (Mehrens, Stracke y Wilk, 2011)⁵. Las principales razones que se apuntan para explicar esta diferencia son dos. Por una parte, la participación en los resultados permite a las empresas una aplicación flexible de la idea de participación, interesante sobre todo para pymes. Por otra, y desde el punto de vista de los trabajadores, no implica el riesgo de la doble pérdida de puesto de trabajo e inversión en caso de fracaso del proyecto empresarial (Sendell-Müller y Weckes, 2013).

⁴ <http://www.agpev.de/downloads/2015-05-28-agenda-mitarbeiterkapitalbeteiligung.pdf>.

⁵ El informe de 2016 elaborado por la *European Federation of Employee Share Ownership* (EFES), sigue colocando a Alemania por debajo de la media europea en participación financiera, <http://www.efesonline.org/Annual%20Economic%20Survey/2016/Survey%202016.pdf>.

II. ANTECEDENTES

Ya en el inicio de la industrialización se discute si los trabajadores han de participar del eventual éxito económico de la empresa, si constituyen simplemente un factor de coste cuya implicación se remunera con el sueldo, o si, además, son merecedores de una parte de los resultados positivos fruto del esfuerzo colectivo de empresarios, inversores y ellos mismos. La primera respuesta práctica a esa cuestión es que los trabajadores se limitan a percibir en forma de sueldo la cantidad mínima que el mercado de trabajo obliga a abonar (Jungblut, 1973). Pero el interrogante se mantiene en la reflexión que desarrollan economistas, asociaciones de trabajadores y distintas fuerzas políticas. Y se desarrollan iniciativas que sí ofrecen a los trabajadores algo más que un sueldo mínimo. Inicialmente la participación financiera se limita a la participación en los resultados o en los beneficios. Solo a principios del s. XX surge la idea de una participación en el capital.

1. *Primeras experiencias*

Uno de los primeros casos bien documentados de participación es el promovido por el economista Johan Heinrich von Thünen a partir de 1848 en su explotación agraria «Gut Tellow» en Mecklenburg-Schwerin. Pretende con ello conseguir una mayor integración e identificación de los trabajadores con su empresa, la participación de los mismos en la «suerte» de su empleador, la mejora de su poder adquisitivo y la formación de un patrimonio para garantizar su subsistencia tras su retiro (Otto, 2011)⁶. La fórmula no está exenta de crítica. La voluntariedad de esa participación, que está en manos del empleador, hace que sea calificada por algunos como una «limosna patriarcal» (Homann, 1955).

El desarrollo industrial alemán fue más tardío que el de Inglaterra o Francia, pero fue rápido y convirtió a Alemania en primera potencia europea antes de la I Guerra Mundial. La denominada «cuestión social» (*soziale Frage*) planteada por los trabajadores, sobre todo de la gran industria, que se sienten explotados, es objeto de una viva discusión en la opinión pú-

⁶ La autora recoge como primer «experimento» de esa participación el caso de una fábrica textil de unos 250 trabajadores en Kassel-Bettenhausen que fue transformada por sus propietarios en una especie de fundación que preveía, ya en 1791, una participación en los beneficios para estos trabajadores. Es la Textilfabrik Agathof de los Hermanos Ahnesorge. Aunque otros autores mencionan experiencias anteriores ya en 1671 (Tzschentke, 2010).

blica (Ritter, 1998). La participación de los trabajadores en los beneficios industriales se plantea como fórmula para atemperar la lucha por el salario justo y de superación de la confrontación entre capital y trabajo. Incluso se propone su incorporación al derecho positivo, pero la idea no traspasa la barrera de los estudios *de lege ferenda* (Tzschentke, 2010).

Avanzada la segunda mitad del s. XIX la actividad de las organizaciones de trabajadores aumenta considerablemente. Algunas consideran la participación como un paso intermedio en el camino a la adquisición por los trabajadores de los medios de producción, pero otras la rechazan de plano porque rechazan toda forma de capitalismo. Socialdemócratas, socialistas y sindicatos ven la participación como otra forma de explotación que no conduce a una retribución justa del trabajo. La socialdemocracia alemana, que antes de la Primera Guerra Mundial se inspira en la doctrina marxista que parte de la incompatibilidad de intereses entre el capital y el trabajo, teme que no sea más que un incentivo para un mayor rendimiento de los trabajadores que se traduce en una mayor explotación. Incluso sindicatos cristianos se distancian del sistema de participación y abogan por luchar por salarios más altos y mejores condiciones de trabajo (Sieglar, 1979).

Tras la constitución en 1871 del *Kaiserreich*, la «cuestión social» recibe una respuesta legislativa. Se aprueba, ese mismo año 1871, la *Reichshaftpflichtgesetz*, que preveía la responsabilidad de las empresas de ferrocarril y minería por las muertes y lesiones sufridas por sus trabajadores; en 1876 la obligación de constitución de mutuas; en 1883 el seguro médico obligatorio, en 1889 se aprueba la ley sobre el seguro de invalidez y la protección frente a la vejez (*Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung*) (Ritter, 1998). Al mismo tiempo Bismarck frena los avances del movimiento socialdemócrata y de las organizaciones sindicales con la *Sozialistengesetz*⁷ (ley antisocialista) de 1878, que prohíbe las asociaciones socialistas, socialdemócratas y comunistas y permite a las autoridades prohibir cualquier actividad pública del movimiento obrero y perseguir a sus organizadores y militantes. El gobierno imperial no consiguió su objetivo y la política social impulsada no fue suficiente para impedir las huelgas de trabajadores que se agudizaron especialmente a partir de 1889⁸.

⁷ *Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie*, en vigor hasta 1890.

⁸ Los mineros de la cuenca del Ruhr organizan ese año una masiva huelga reivindicando subidas salariales y una jornada laboral de 8 horas, entre otras mejoras de sus condiciones de trabajo.

Algunas de las experiencias de participación desarrolladas a finales del siglo se entienden como intentos de las empresas de alejar a sus trabajadores del influjo de los sindicatos y evitar las potenciales huelgas que éstos pudieran organizar. Pero hay, también, iniciativas de un marcado carácter social.

Un ejemplo lo constituye la Fundación Carl Zeiss, iniciativa del físico Ernst Abbe. Colaborador primero y socio después de Carl Zeiss, Abbe impulsa en 1889, tras la muerte de aquel, la Fundación Carl Zeiss, propietaria de la óptica Zeiss y copropietaria de Laboratorium Schott & Genossen, productora de microscopios y telescopios destinados a la investigación. Abbe persigue dos objetivos: asegurar el futuro de sus empresas, que tienen una clara vocación de desarrollo y promoción de la investigación científica, y asegurar el bienestar de sus trabajadores. Para lograr este segundo, los estatutos de la fundación recogen medidas en el ámbito de las condiciones laborales (seguros de enfermedad y viudedad, pensión, jornada, vacaciones, salario, etc.) que mejoran notablemente las habituales de la época. Entre ellas se incluye en 1896 la participación en los beneficios obtenidos por sus empresas⁹.

2. *La participación tras la I Guerra Mundial*

La idea de la participación financiera de los trabajadores recibe un empuje tras el final de la I Guerra Mundial y el fracaso de la Revolución de noviembre de 1918. La sociedad alemana precisa de un nuevo modelo social y económico tras la caída del *Kaiserreich*. Ha de reorientar una economía dirigida a la guerra en los años precedentes, incorporar a los soldados a la actividad productiva, afrontar la pérdida de valor del dinero circulante y hacer frente a las reparaciones debidas por la guerra. En este contexto algunos empresarios ven la participación de los trabajadores como la única vía de recuperar la moral de trabajo y la productividad (Homann, 1955).

En ese proceso de recomposición de la economía civil juega un importante papel la *Zentralarbeitsgemeinschaft*¹⁰, una institución en la que sindicatos y patronal plantean y acuerdan diversas cuestiones en el ámbito empresarial y socio-político, y que cuenta con el reconocimiento del gobierno.

⁹ La página web de la Fundación ofrece información sobre su historia y los estatutos elaborados en 1889: <http://www.carl-zeiss-stiftung.de/51-0-Geschichte.html>.

¹⁰ Zentralarbeitsgemeinschaft der industriellen und gewerblichen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (ZAG).

En su seno se acordó la limitación de la jornada laboral a ocho horas, el establecimiento de las condiciones laborales en acuerdos colectivos, o el de órganos de representación de trabajadores en empresas de más de 50 empleados¹¹. También se plantea su participación en los resultados. Pero ni las asociaciones de empresarios ni las organizaciones de trabajadores tienen una idea clara de qué es lo que quieren defender cuando abordan el tema.

Los sindicatos de orientación socialista (*Freie Gewerkschaften*) no rechazan de plano la participación, pero proponen un catálogo de exigencias que se considera inaceptable por las asociaciones de empresarios. Son los movimientos obreros de base católica (*christliche Arbeiterbewegung*) y socialdemócrata (*wirtschaftsfriedliche Gewerkschaften*) los más favorables a la idea. Del lado de los empresarios es la industria pesada la más dispuesta a experimentar con la participación (Tzschentke, 2010). Lo que persiguen con ella es contener los anhelos de socialización de los medios de producción de algunos sectores y defender su propiedad, por un lado, y responder a la creciente necesidad de capital de sus empresas, por otro (Otto, 2011).

En 1919 se elabora un primer borrador con el fin de regularla. El sistema buscaba combinar una participación individual en los beneficios con una colectiva en el capital. Se implantaría en las sociedades anónimas industriales y perseguiría, con el tiempo, poner en manos de todos los trabajadores acciones de todas sus sociedades anónimas. Nunca llegó a materializarse.

Además de éste, se plantean otros modelos de participación. Desde el gobierno se propone una participación en el capital y en los beneficios, no en las empresas individualmente consideradas, sino en la totalidad de la economía por medio de un gran fondo, *Treuhand-Gesellschaft Deutschland AG*, que ostentaría por lo menos el 25% de las acciones de todas las sociedades anónimas alemanas. Se propone la creación de las acciones de trabajo (*Arbeitsaktie*), acciones ficticias que se percibirían por el aporte de trabajo mientras las ordinarias se perciben por la inversión de capital. Las

¹¹ Los sindicatos ven en la institución su reconocimiento como interlocutores sociales. Pero para algunos constituía una traición a la Revolución y una defensa del capitalismo y fue duramente criticada. También tuvo detractores del lado de los empresarios. La industria pesada consideró que para incrementar la productividad, poder hacer frente a las reparaciones exigidas y estabilizar la economía era necesario incrementar la jornada laboral y abolir las subidas salariales. En 1924 se disolvería tras la salida, en protesta por ese retroceso, de la federación de sindicatos alemanes (*Allgemeine Deutsche Gewerkschaftsbund*) (Rehling, 2011; Ritter, 1998).

Arbeitsaktie se retribuirían mediante el sueldo, que sería una participación en los beneficios. Previamente una parte de esos beneficios sería detraída como retribución mínima de las acciones ordinarias.

Como alternativa se plantea la emisión de acciones de los trabajadores (*Arbeiteraktie*), obtenidas por el desembolso de su valor nominal, pero que no serían transmisibles más que a otros trabajadores o a la propia sociedad. Tendrían a cambio derechos preferentes, como un dividendo mínimo. También se propone una «acción pequeña» (*kleine Aktie*) de un valor nominal menor, entre 100 y 200 marcos¹², más accesible para los trabajadores. Y se discute si la participación ha de ser a título individual o ha de gestionarse colectivamente, para así defender solidariamente los intereses de aquellos (Tzschentke, 2010).

La empresa Friedrich Krupp AG es uno de los ejemplos de puesta en práctica de la participación en este momento. En 1921 crea la *Kruppsche Treuhand* una asociación con el fin de gestionar las acciones que pretende poner en manos de las familias de sus trabajadores. Garantizaba una rentabilidad del 6% del valor de las acciones. Pero el hecho de que el valor de las acciones fuera de 1100 marcos, la promesa del dividendo mínimo se esfumara y los representantes de los trabajadores no fueran partidarios del proyecto supuso su abandono en 1924 (Siegler, 1979).

Las empresas, en general, no se sintieron entusiasmadas por ninguno de los modelos, como no lo hicieron los sindicatos¹³. Y conforme el «peligro» de la socialización se iba alejando, ninguna de las partes veía la necesidad de colaborar para alejar el fantasma planteado por la Revolución. Los empresarios ven en la participación una cesión de poder excesiva. Y los sindicatos temen que un sistema de participación, que implica que las pérdidas irrogadas por una eventual huelga afectan también a los dividendos de los trabajadores, ponga en peligro la solidaridad de éstos cuando se trate de luchar para la consecución de los objetivos sindicales. La federación de sindicatos alemanes expuso su posición en 1920 diciendo que si bien la participación en los beneficios como sistema para incrementar los salarios no puede detenerse, es labor de los sindicatos proteger a los trabajadores de sus posibles desventajas y regular los sistemas de participación de forma que no perjudiquen los intereses sindicales (Siegler, 1979). El interés en

¹² El mínimo legal en este momento es de 1.000 marcos.

¹³ Los datos de los años 1921/22 recogen 95 empresas con sistemas de participación en los beneficios que afectan a 50.000 trabajadores y 13 con participación en el capital que afectan a 2.500-4.000 (Tzschentke, 2010).

los sistemas de participación fue decayendo hasta desaparecer y no se volvió a suscitar hasta después de la Segunda Guerra Mundial.

3. La participación tras la II Guerra Mundial

Al final de la guerra el país vuelve a estar en ruinas, los medios de producción se han concentrado en unas pocas manos pero, a diferencia de lo que ocurre al final de la I Guerra Mundial, no hay un movimiento revolucionario que genere inquietud en las élites. La propiedad privada no se pone en duda sino que se reivindica como pilar fundamental de una economía social de mercado (*soziale Marktwirtschaft*). Eso sí, los socialistas reclaman una distribución justa de la renta y medidas para fomentar la formación de un patrimonio en manos de aquellos que lo han perdido. Y los sindicatos plantean la necesidad de redistribuir la riqueza incrementando los salarios en detrimento de la fórmula de reparto de dividendos (Wagner, 2000; Kurdelbusch, 2003). Esto último despierta la preocupación de que ese incremento se destine al consumo y se dispare la inflación (Reuter, 1984), por lo que se buscan fórmulas que permitan garantizar la estabilidad en el precio del dinero y la constitución de un patrimonio no destinado al consumo. Es aquí donde vuelve a resurgir la cuestión de la participación financiera de los trabajadores. Y lo hace en el contexto de fomentar la constitución de un patrimonio en manos de los trabajadores que garantice la paz social.

Las primeras medidas para esa constitución de un patrimonio en manos de los trabajadores van encaminadas a promover el ahorro y la adquisición en propiedad de la vivienda. Dos leyes aprobadas en 1952¹⁴ y 1959¹⁵ recogen ventajas fiscales y primas destinadas a ese objetivo. Este mismo año se aprueba otra ley que persigue promover el incremento de capital de las empresas para que éstas puedan hacer frente al crecimiento económico en curso¹⁶, y, por primera vez, fomenta la participación financiera de los trabajadores en sus empresas. Esa ley sobre medidas fiscales para el aumento del capital por medio de financiación propia y por cesión de acciones a los trabajadores, recoge la exención fiscal y de cotización, de hasta 500 marcos anuales por trabajador, siempre que el valor de transmisión no sea menor

¹⁴ *Wohnungsbau-Prämiengesetz.*

¹⁵ *Sparprämiengesetz.*

¹⁶ *Gesetz über steuerrechtliche Maßnahmen bei Erhöhung des Nennkapitals aus Gesellschaftsmitteln und bei Überlassung von eigenen Aktien an Arbeitnehmer (KapErhStG).*

que la mitad de su valor en bolsa, y queden en sus manos por un plazo de cinco años.

La segunda base normativa para el fomento de la participación se aprueba años después, con la reforma en 1965 de la Ley de Sociedades Anónimas, permitiendo que éstas puedan adquirir hasta el 10% de su capital si es para ponerlo en manos de sus trabajadores.

Con ese mismo objetivo de facilitar la constitución de un patrimonio en manos de los trabajadores no destinado al consumo se aprueba en 1961 la primera *Vermögensbildungsgesetz*¹⁷ (Ley de formación de patrimonio). El instrumento elegido es la desgravación fiscal y la exención de cotización, tanto por parte del trabajador como de la empresa, de las prestaciones que fomentan la formación de patrimonio (*vermögenswirksame Leistungen*)¹⁸, entre las que se encuentra la entrega de acciones a los trabajadores. Pero se excluían de las ventajas las prestaciones acordadas en convenio colectivo. Esta fue la causa del poco éxito de la ley (Otto, 2011).

La reforma de 1965 incorpora las prestaciones acordadas en convenio a las favorecidas fiscalmente, y es la llamada «tercera ley de formación del patrimonio» en 1970 la que da un paso más decisivo para favorecer esa constitución de un patrimonio en manos de las personas trabajadoras. Esta última ley estableció la participación del Estado con subvenciones (*Arbeitnehmersparzulage*) libres de impuestos y cotización a la Seguridad Social¹⁹ en la formación de ese patrimonio privado. En cualquier caso, la participación de los trabajadores en el capital de sus empresas sigue sin tener el éxito buscado. Es el Estado el que hace un mayor esfuerzo en ese sentido creando las «acciones populares» (*Volksaktie*) en empresas parcialmente privatizadas (Tzschentke, 2010).

Entre tanto, partidos políticos, asociaciones empresariales, sindicatos y expertos discuten sobre la fórmula que ha de primar en la materialización de la participación financiera de los trabajadores. Mientras los sindicatos y partidos liberales y cristianos (CDU-CSU) abogan por la participación de los trabajadores en la propia empresa (*betriebliche Beteiligungsmodelle*),

¹⁷ *Gesetz zur Förderung der Vermögensbildung der Arbeitnehmer.*

¹⁸ Se trata de aportaciones del empresario a la cuenta de ahorro, cuenta-vivienda, más tarde seguro de vida, etc. que el trabajador indica y que están determinadas por la Ley.

¹⁹ La medida iba dirigida a los trabajadores con menos ingresos, de forma que se subvencionaba únicamente a quienes percibían un suelo máximo de 24.000 marcos, que ascendían a 48.000 marcos en caso de matrimonio.

los socialistas y los sindicatos más próximos lo hacen por sistemas supraempresariales (*überbetriebliche Systeme*). Unos buscan una mayor integración de los trabajadores en su empresa y otros una redistribución del poder económico. Ninguna de las distintas iniciativas legislativas, en ambos sentidos, prosperó (Tzschentke, 2010). A pesar de ello, numerosas empresas pusieron en práctica programas de participación, bien en los resultados (*Erfolgsbeteiligung*), bien en el capital.

En 1982, con un gobierno liberal-conservador, vuelve a modificarse la Ley y se amplía el catálogo de las prestaciones que son objeto de fomento, especialmente con nuevas formas de participación financiera. Así se consideran como tales la financiación ajena a través de préstamos a la empresa, las cuentas en participación, los bonos de disfrute, etc. Se concibe la participación como complemento de una política de incremento de los salarios (Klein y Braun, 1986). En cualquier caso, se potencian las fórmulas que garantizan la libertad de trabajadores y empresarios y la adecuación del programa a cada empresa, huyendo de participaciones obligatorias y de ámbito superior al del centro de trabajo (Otto, 2011).

A partir de este momento son dos las medidas legales de fomento de la participación de los trabajadores que se aplican en Alemania: la subvención estatal que se suma a la prestación del empleador y la exención fiscal, en el caso de esta última, con los límites establecidos en la norma en vigor en cada momento.

Reformas posteriores amplían nuevamente las fórmulas de participación financiera objeto de promoción, entre ellas la desarrollada por medio de fondos de inversión o sociedades de participación financiera que trascienden la participación en la propia empresa²⁰.

Pero en Alemania sigue siendo la denominada «participación inmaterial», la participación en la gestión, la que tiene un mayor peso en la discusión a nivel político y social. Es también la que más ocupa a los sindicatos²¹.

²⁰ Estas fórmulas eran las impulsadas por socialistas y una parte de los sindicatos, los más reticentes a la participación (Otto, 2011).

²¹ Para una visión sobre el estado actual de la discusión, Seifert, A., «Entre cooperación y conflicto social: el modelo alemán de participación de los trabajadores en los órganos de dirección de las grandes empresas», Doc. Laboral, n° 107/2017, p. 55 y ss.; Mimentza, J., «Efecto de las directivas comunitarias sobre los derechos de participación y consulta en las grandes empresas multinacionales alemanas», Doc. Laboral, n° 107/2017, p. 89 y ss.

Esta circunstancia parece haber impedido un éxito mayor de la participación financiera que aquí analizamos (Tzschentke, 2010)²².

III. LA LEY DE PARTICIPACIÓN FINANCIERA DE LOS TRABAJADORES DE 7 DE MARZO DE 2009 Y EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

La posición de los sindicatos hasta mediados los 90 es de reivindicación de una participación justa de los trabajadores en el patrimonio productivo, pero se prefiere una participación que trascienda al centro de trabajo. Promueven la participación en fondos regionales o sectoriales. Son dos las razones que justifican esta postura. Por una parte entienden que la participación en la propia empresa es un obstáculo para la negociación del convenio colectivo, es un factor que puede afectar a la solidaridad entre los trabajadores. Por otra, supone un doble riesgo inasumible. Si la empresa fracasa, además de perder su trabajo, los empleados pierden su inversión (Otto, 2011; Kurdelbusch, 2003).

En el ámbito político, en junio de 2006, CDU y CSU presentan su modelo de participación en la propia empresa orientado hacia el modelo angloamericano de previsión para la vejez. En junio de 2007 el SPD hace lo propio con un modelo distinto, la creación de «fondos alemanes» (*Deutschlandfonds*) que facilitan la participación indirecta de los trabajadores en el capital de sus empresas, además de en otras, lo que limita el riesgo de la «doble pérdida» en caso de fracaso de las primeras. Finalmente los tres partidos llegan a un consenso en el que se propone incentivar tanto la participación en la propia empresa como en fondos que han de ser gestionados por sociedades de inversión, por gestores profesionales, y que estarán bajo la vigilancia del Instituto Federal para la supervisión de los servicios financieros (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, «BaFin»).

²² Así, en 1983 el 98% de las prestaciones para la formación de un patrimonio en manos de los trabajadores se invierten en sociedades de préstamo inmobiliario (*Bausparkasse*), seguros de vida, cuentas de ahorro. Solo el 2% se destina a la participación en el capital empresarial. *Vid.* Informe Pepper I, p. 50.

1. La ley de participación financiera de los trabajadores

El 1 de abril de 2009 entra en vigor la norma que hasta el momento regula las medidas de promoción de la participación financiera de los trabajadores, es la ley sobre promoción fiscal de la participación de los trabajadores: *Gesetz zur steuerlichen Förderung der Mitarbeiterbeteiligung (Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz)*.

El principal objetivo que persigue el legislador es el de que los trabajadores puedan hacerse con un patrimonio que les garantice la disponibilidad de una renta suficiente, en especial tras el cese de su vida laboral. Se apuntan además otros como reforzar la identificación de los trabajadores con su empresa y con ello su motivación; fortalecer el nivel de fondos propios de esas empresas; impulsar una mentalidad empresarial también en los empleados y fomentar una cultura empresarial de la cooperación entre la propiedad y el trabajo.

La ley modifica otras tres leyes anteriores: la ley del impuesto sobre la renta (EStG), la quinta ley de formación de patrimonio —de los trabajadores— (5. VermBG) y la ley de inversiones (InvG).

El § 3 Nr. 39 EStG dispone la exención de tributación de 360 € por año²³ abonados por la empresa a sus trabajadores para financiar su participación en el capital societario. Esa misma cantidad queda exenta del deber de cotización. Se establecen dos condiciones: que la oferta se haya extendido a todos los trabajadores de una antigüedad superior al año y que se trate de una aportación voluntaria de la empresa adicional al salario pactado.

El § 13 5. VermBG incrementa la ayuda estatal para la participación hasta un 20% de la inversión realizada, con un límite de 400 €. La ayuda anual sería por tanto de un máximo de 80 €.

La mayor novedad la ofrece la creación de los fondos especiales para la participación de los trabajadores (*Mitarbeiterkapitalbeteiligungs-Sondervermögen*), recogida en la ley de inversiones, en su apartado 7a. Estos fondos articularían una participación indirecta que busca reducir el riesgo de la pérdida del capital. El trabajador no participaría directamente en su em-

²³ El límite ha sido criticado por exiguo. Diversas instituciones proponen incrementarlo a los 12.000 € anuales. Así la Federación Alemana de Sindicatos (Deutsche Gewerkschaftsbund, DGB), el Ministerio de Trabajo (Bundesministerium für Arbeit und Soziales, BMAS) o el de Finanzas (Bundesministerium für Finanzen, BMF) (Sendell-Müller y Weckes, 2016).

presa sino que adquiriría cuotas en el fondo que éste invertiría, en parte, en la propia empresa. Como ya se ha mencionado, los fondos habrían de ser gestionados por profesionales bajo la vigilancia del Instituto Federal para la supervisión de los servicios financieros.

Con ese objetivo de minimizar el riesgo para los trabajadores, la ley impone una serie de límites respecto de las empresas y cuantías en que los fondos pueden invertir. Así un máximo del 40% del capital obtenido a través de las aportaciones de los trabajadores participantes, junto con las de la empresa participada y eventualmente las ayudas estatales, ha de ser invertido en el mercado de capitales, en empresas distintas a las de los trabajadores inversores, sin que la inversión en ninguna de ellas supere el 5% del valor del fondo.

El restante 60% se invertirá en las empresas participadas, sin que ninguna de ellas obtenga más del 20% de los recursos del fondo. Un máximo del 25% del fondo puede ser invertido en acciones no cotizadas, participaciones de sociedades limitadas, cuentas en participación o títulos valores no cotizados.

Las inversiones permitidas a los fondos, de acuerdo con el § 90m InvG son:

- participaciones en el capital de empresas que cuentan con programas de participación para sus empleados, incluidas las cuentas en participación, que no coticen en mercados regulados.
- préstamos no titulizados a las empresas participantes.
- títulos valores negociados en mercados oficiales y no negociados tanto de empresas participantes como no participantes en el fondo.

La complejidad de la gestión de un fondo de estas características, la restricción en las figuras de inversión y el carácter indirecto de la participación, que dificultaría la identificación con la empresa y el incremento de la motivación, han sido las causas de su fracaso (Sendel-Müller y Weckes, 2016). A pesar de que varias instituciones financieras exploraron la posibilidad de constituir este tipo de fondos, no ha habido ninguna experiencia práctica. En 2013 desaparecen del Código de inversiones de capital (*Kapitalanlagegesetzbuch*, KAGB) que sustituye a la Ley de inversiones.

Se ha criticado su desaparición sin haber intentado modificar la figura para hacerla más interesante para las partes, pero parece que la participación financiera de los trabajadores no está en estos últimos años en la agenda política de los partidos en el parlamento (Sendel-Müller y Weckes, 2016).

2. El estado actual de la cuestión

Según la encuesta europea de empresas (ECS) de 2009 el 14% de las empresas alemanas de 10 o más trabajadores ofrecían a sus trabajadores participación en los beneficios obtenidos²⁴. Era la media europea en ese momento. No ocurre lo mismo con la participación en el capital donde, frente a una media europea del 5%, solo el 3% de las empresas cuenta con programas de participación.

La Ley de participación de 2009 buscaba incrementar ese porcentaje, pero el objetivo no se ha alcanzado, entre otras razones porque la reforma tuvo lugar en un momento no propicio (crisis financiera) y porque los incentivos fiscales son exigüos²⁵.

Las organizaciones empresariales no acogieron con entusiasmo la promoción de la participación de sus trabajadores en el capital que buscaba la ley de 2009. Consideraron que el Estado debía concentrar sus esfuerzos financieros en la promoción de los sistemas de pensiones complementarios al sistema público. La inversión en participación financiera, que podría ser rescatada y canalizada al consumo, constituiría un riesgo para la consecución del objetivo principal perseguido: la formación de un patrimonio suficiente para mantener un nivel de vida adecuado tras el final de la vida laboral activa (Mehrens, Stracke y Wilk, 2011).

El sistema alemán de previsión social se asienta sobre tres pilares, las pensiones públicas (*gesetzliche Rente*), los planes de previsión social empresariales (*betriebliche Altersvorsorge*) y los planes privados (*private Altersvorsorge*). La promoción de la participación en el capital restaría capacidad para invertir en los sistemas complementarios de la pensión pública, que estas organizaciones entienden deben tener prioridad.

Lógicamente hay otro factor que explica cierta «aversión» a la participación financiera. La cultura de la cogestión sumada a la cuota de poder que pueda implicar la tenencia de acciones o participaciones (y también

²⁴ La participación aumenta con el tamaño de la empresa: 13% de las empresas con entre 10 y 49 trabajadores, 21% de las que tienen entre 50 y 199 y 22% de las empresas de más de 200 trabajadores, *vid. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (2010): European Company Survey 2009.*
<https://www.eurofound.europa.eu/es/surveys/european-company-surveys/european-company-survey-2009>.

²⁵ *vid. <http://www.agpev.de/downloads/agp-mitteilungen-2016-screen.pdf>, p. 4.*

de otras formas de financiación) es considerada por algunos empresarios como una ruptura del actual modelo de sociedad²⁶.

Los sindicatos tampoco han apostado sin reservas por la participación, aunque la Federación Alemana de Sindicatos (DGB) sí planteó el modelo como esperanza para el reflotamiento de empresas en crisis, como fórmula para el mantenimiento de puestos de trabajo ante el riesgo de concurso con liquidación²⁷. En general, su visto bueno va precedido de la advertencia de que la participación no puede afectar a la cuestión salarial, materia de la negociación colectiva. Sí insisten los sindicatos en la necesidad de fortalecer la participación inmaterial, la cogestión.

Por último, los partidos políticos no han sentido la necesidad de incorporar este tema a sus agendas. La AGP (Confederación para la participación de los trabajadores) intentó revitalizar la discusión ante la campaña presidencial de 2017, sin éxito.

IV. PARTICIPACIÓN EN EL ÉXITO DE LA EMPRESA (*ERFOLGSBETEILIGUNG*)

Como hemos indicado más arriba, la participación material o financiera de los trabajadores en su empresa puede ser una participación en los resultados positivos de la misma o en su capital. En el primer caso el trabajador recibe una aportación que depende del éxito cosechado por la empresa. En el segundo es el trabajador el que aporta a su empresa capital propio o capital ajeno y, en su caso, se convierte en cotitular de la misma. A menudo la participación en el resultado es fuente para la participación en el capital, esto es, la empresa no entrega al trabajador el dinero que correspondería a los beneficios repartidos sino que ese dinero se invierte en la propia empresa pero a nombre del trabajador, que se convierte en socio (o en titular de otro derecho que le otorga algún tipo de rendimiento económico)²⁸. En estos casos la inversión suele estar sujeta a un plazo en el que el trabajador no podrá desprenderse de la participación recibida o adquirida.

²⁶ <https://community.beck.de/2009/09/14/neuer-trend-gewerkschaften-setzen-auf-mitarbeiterbeteiligungen>.

²⁷ *Vid.* el documento publicado por la DGB: https://www.boeckler.de/pdf/mbf_hexel_belegschaftskapital_2010.pdf.

²⁸ Pueden ser obligaciones, cuentas en participación, préstamos, etc.

1. Configuración

La participación en el resultado (positivo) de la empresa supone la percepción por los trabajadores de fondos adicionales al salario pactado que dependen del éxito económico de la misma. Se trata de una decisión unilateral de la dirección de la empresa (Sendel-Müller y Weckes, 2013). Los criterios para la determinación del éxito que da lugar a esa participación pueden ser varios. Desde el volumen de los beneficios obtenidos al incremento del volumen de negocio, o desde el incremento del valor de la empresa al del valor de sus acciones; también se puede determinar en función de la cuota de mercado conseguida, los éxitos en innovación o el incremento de la productividad (Otto, 2011).

Se diferencia este concepto de participación de los incentivos individuales percibidos por un trabajador por incremento de su productividad (retribución variable específicamente pactada para su puesto de trabajo) y de las gratificaciones que se perciben en ocasiones determinadas como las navidades, vacaciones, aniversarios, etc. (*Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld, Jubiläumsgeld*). Estas últimas están recogidas en los convenios y no dependen del resultado obtenido por la empresa.

La forma más practicada por las empresas es la participación en los beneficios (Sendel-Müller y Weckes, 2013)²⁹, bien en los beneficios según balance (*Bilanzgewinnbeteiligung*), bien en los dividendos efectivamente repartidos (*Ausschüttungsbeteiligung*). Pero no es la única. Hay también participación por el incremento de la producción, por la reducción de costes o por el incremento de la productividad, que en ocasiones se aplica a secciones o grupos delimitados de trabajadores (*Leistungsbeteiligung*), que podríamos traducir como participación en el rendimiento. Finalmente la literatura menciona las variables facturación (*Umsatzbeteiligung*), valor añadido (*Wertschöpfungsbeteiligung*) e ingresos netos (*Nettoertragsbeteiligung*)

²⁹ Lo es por dos razones, por un lado, incorpora la mayor productividad y/o el éxito en el mercado como factores que se traducen en mayores ganancias; por otro, resulta la fórmula menos compleja de gestionar, porque el deber de formular cuentas anuales ya obliga a determinar cual ha sido el beneficio anual obtenido. Es la industria automovilística la que ofrece mayores complementos en concepto de participación. Así, Daimler ha aprobado una prima de 5400 € en 2017: <https://www.automobil-produktion.de/hersteller/wirtschaft/daimler-mitarbeiter-bekommen-5400-euro-praemie-305.html>; Porsche aprobó en 2016 un *bonus* de 8911 €, de los que 700 € fueron destinados a fondos de pensiones: <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/autoindustrie/porsche-8911-euro-bonus-fuer-jeden-a-1082570.html>.

como referencias *posibles* para determinar un incremento de resultados (*Ertragsbeteiligung*) que genera participación de los trabajadores. Esta última forma tiene más en cuenta la situación en el mercado que aspectos internos de la producción, por lo que suele aplicarse en las secciones o empresas orientadas a la venta³⁰.

La participación en las ganancias tiene la consideración de salario a efectos fiscales y de cotización a la seguridad social (Sendel-Müller y Weckes, 2013; Schneider y Fritz, 2013). La doctrina habla de salario en sentido amplio cuando los trabajadores reciben un pago extraordinario en función de la aportación de un grupo más o menos amplio de ellos a ese éxito (sección, planta, sucursal, empresa en su conjunto). La retribución adicional por la aportación individual al éxito empresarial (retribución variable) sería salario estricto³¹.

Esta participación puede ser acordada en convenio colectivo, pero no es en la práctica una fórmula frecuente pues resta flexibilidad a la empresa (Makosch, 2013)³². Donde suele recogerse en la mayoría de los casos es en los acuerdos de empresa³³. En estos no se negocia la introducción de un sistema de participación, decisión que queda en manos de la dirección, ni

³⁰ Algunos autores añaden una cuarta, la participación virtual, que utiliza como instrumentos las denominadas *Phantom Stocks* (opciones o acciones fantasma) o los *Stock Appreciation Rights* (derechos de apreciación de acciones). En estos casos la empresa otorga a sus empleados unos derechos sobre acciones/participaciones ficticias de la sociedad de modo que éstos perciben el valor de los títulos en el momento de su materialización (PS) o, si los títulos se revalorizan, una cantidad igual a la mejora que haya experimentado la acción/participación en ese periodo (SAR). *Vid.* sobre estos instrumentos Sánchez Andrés, A., «Las llamadas *stock options* y las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica», en *Derecho de sociedades: homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 2, 2002, p. 1518.

³¹ La distinción tiene consecuencias jurídicas, tanto en la intervención del comité de empresa en la negociación como en la validez de una eventual cláusula de reserva de voluntariedad o de suspensión, que no tendrían validez si se habla de salario en sentido estricto.

³² Hay, sin embargo, algunos ejemplos significativos como el Convenio firmado por el sindicato IG-Metall y Volkswagen AG que sí recoge la participación en los resultados (<https://www.igmetall.de/volkswagen-dritte-tarifverhandlung-22082.htm>), o el firmado por ver.di y HHLL Container-Terminal Altenwerden GmbH, uno de los terminales de contenedores más modernos del mundo inaugurado en Hamburgo en 2002, https://hhla.de/fileadmin/download/HHLA_Ergebniskapitalbet.pdf.

³³ La competencia del comité de empresa en materia de salario (principios para su configuración o introducción de nuevos métodos para fijar su com-

la cuantía o la forma concreta (dinero, aportación a un plan de pensiones, participación en el capital, etc.)³⁴ de atribución. Sí interviene la representación de los trabajadores en su configuración última, en la determinación del momento del pago o en el control de los criterios de aplicación (Schneider, Fritz y Zander, 2007)³⁵.

Con el personal directivo suelen acordarse los incentivos individualmente y como parte del contrato de trabajo (Schneider, Fritz y Zander, 2007). Este tipo de participación está más extendida que la del resto de trabajadores³⁶.

Desde la perspectiva de la empresa la participación de los empleados en los beneficios tiene el carácter de gastos de explotación, es decir, aminora la cifra de beneficio sujeto a imposición (Gaugler, 1985).

2. Algunos ejemplos

La literatura ha documentado ejemplos de participación en sociedades de distinta estructura jurídica³⁷. Vamos a limitarnos a reflejar alguno de los que se corresponde con los tipos jurídicos más utilizados en nuestra realidad³⁸, dejando aquellos que tienen en la participación su razón de ser³⁹. Los modelos que refleja la práctica son muy variados, parten siempre de la

posición) se recoge en el § 87.1.10 de la Ley de organización de la empresa (*Betriebsverfassungsgesetz*).

³⁴ Aunque en algunas empresas se aplica el denominado sistema de cafetería (*Cafeteria-System*) que permite al trabajador elegir y combinar distintas aplicaciones de la participación, por ejemplo efectivo con aportaciones a un plan de pensiones.

³⁵ Hay también fórmulas más informales de acuerdo, que no tienen carácter normativo, propio de los acuerdos de empresa, sino obligacional, como los *Betriebsabsprache* o *Regelungsabrede*, que también sirven a la configuración de fórmulas de participación en los resultados.

³⁶ En la 66 Jornada anual de la AGP (Federación para la participación de los trabajadores), celebrada en junio de 2016, se pone de manifiesto que en 160 sociedades cotizadas analizadas son un 71 % las que cuentan con programas de participación, pero se trata básicamente de participación de directivos. *Vid.* <http://www.agpev.de/downloads/66.-agp-jt-02jun16-tagungsbericht.pdf>.

³⁷ Los ejemplos recogidos han sido publicados en Schneider, H. J., FRITZ, S., *Erfolgs- und Kapitalbeteiligung*, 2013, p. 231 y ss.

³⁸ No consideramos, por ejemplo, la sociedad comanditaria que es en Alemania un tipo social muy extendido, no así entre nosotros.

³⁹ Conscientes de que también las cooperativas pueden hacer a sus trabajadores no socios partícipes de su éxito en el mercado.

voluntad de la sociedad empleadora y presentan diversos grados de complejidad en función del número de trabajadores, dimensión de la empresa, experiencia en la participación, etc. No se recogen ejemplos de las grandes empresas industriales, que sí participan de su éxito a sus trabajadores, porque se ha considerado más interesante ver que también las pequeñas y medianas han implantado con éxito fórmulas de participación.

2.1. EGL Entwicklung und Gestaltung von Landschaft GmbH (S.L.)

Se trata de una sociedad limitada con 29 trabajadores y 7 estudios de arquitectura e ingeniería situados en distintas ciudades alemanas⁴⁰. Fundada en 1969 ha contado desde el inicio con fórmulas de participación. Ofrece además medidas de apoyo extraordinarias como subsidios por hijos, días adicionales de vacaciones o seguros de vida. Practica un modelo de participación de gestión sencilla. Todos los trabajadores perciben una parte del beneficio distribuible, calculado en función del resultado de cada estudio y de la jornada laboral de cada empleado. La cuantía a distribuir se determina a través de un acuerdo de empresa. El pago se materializa en efectivo el mes de diciembre.

La sociedad cuenta además con un programa de participación en el capital⁴¹.

2.2. SCHRAG Kantprofile GmbH (S.L.)

Es una sociedad limitada de tamaño medio con unos 450 trabajadores y diversos centros de trabajo que fabrica material auxiliar para la construcción (en especial perfiliería). La empresa se fundó en 1892 y cuenta con programas de participación desde 1974, programas que vienen recogidos en acuerdos de empresa. Participan en los mismos todos los trabajadores (salvo los administradores) con una antigüedad superior al año y contrato indefinido. El beneficio distribuido alcanza hasta el 10% del resultado ordinario del ejercicio y es individualizado en función del resultado de cada

⁴⁰ <https://www.egl-plan.de/profil/geschichte.html>.

⁴¹ Todos los empleados de más de 2 años de antigüedad pueden acceder a las participaciones con un máximo del 10% del capital y una aportación mínima de 1.000 €. Éstas solo pueden ser transmitidas a la propia sociedad por un valor cuyo cálculo se establece en los estatutos.

centro de trabajo. La configuración última del modelo se establece en el acuerdo de empresa.

La participación queda invertida en «depósitos de empleados» (*Mitarbeiterguthaben*) que son retribuidos con un interés de entre el 2 y el 4%. Es la empresa la que decide en qué momento se hacen efectivos esos depósitos, que pueden transformarse, a voluntad del empleado, en cuentas en participación (ver apartado 4.2). De esta manera se financia una forma más intensa de participación financiera. La rentabilidad de las cuentas es mayor (entre un 4 y un 10%) pero incorpora la participación en las pérdidas (entre un 2 y un 5%). El plazo mínimo de duración del contrato es de 6 años, la liquidación no podrá tener lugar antes del vencimiento de ese plazo⁴².

2.3. FLACHGLAS Wernberg GmbH (S.L.)⁴³

Empresa fundada en 1938, cuenta con 566 empleados y tiene por objeto la elaboración de vidrio para múltiples usos. Sus trabajadores participan en los beneficios desde 1999. En un principio lo han hecho todos ellos, aunque en este momento solo lo hace el personal directivo. Ese mismo año se apostó por la participación de los empleados en el capital que, a través de una sociedad de participación (*Mitarbeiterbeteiligungs-GmbH*), ostentan el 51% del capital de la limitada. El restante 49% está en manos de una multinacional japonesa (NSG Group) matriz de Pilkington Deutschland AG, socia con el 49% del capital.

En 1980 el grupo británico Pilkington plc había adquirido la mayoría de las acciones de la empresa (sociedad anónima en su momento), pero en 1999 se decidió la escisión con el objetivo de reforzar su capacidad competitiva y generar puestos de trabajo. Fue en este momento cuando se optó por incorporar a los trabajadores al capital empresarial. Se constituyó una sociedad limitada de participación con el 51% del capital de la sociedad escindida, que fue adquirido, a crédito, por los trabajadores.

⁴² Según los datos de 2011 un 4,5% (1,31 millones €) de los fondos propios de la sociedad corresponden a estos depósitos, y un 1,5% (0,43 millones €) a cuentas en participación. Se incluyen las cuentas entre los fondos propios porque participan también de las pérdidas, aunque a efectos contables forman parte del pasivo de la empresa. Los depósitos también lo hacen porque su rescate depende en último término de la voluntad de la empresa.

⁴³ <http://www.flachglas.de/unternehmen/profil/>

La participación en los beneficios se ha estado recogiendo en acuerdos de empresa mientras se ha aplicado a todos los empleados, en estos momentos se regula en los contratos suscritos por el personal directivo. Se traduce en una prima determinada en función del cumplimiento de los objetivos en cuanto al beneficio obtenido por la empresa, por un lado, y en la consecución de objetivos individuales y/o de un grupo de trabajo concreto, por otro.

La empresa presume de transparencia informativa de cara a su trabajadores respecto de resultados, estado de pedidos, planes de inversión, propuestas de mejora, estrategia, etc. Atravesó momentos difíciles en la primera década de este siglo, por la coyuntura del sector de la construcción, que supusieron medidas de reducción del tiempo de trabajo y del sueldo, o flexibilización de la prima de navidad en función de los resultados (como asunción de riesgo por parte de los trabajadores). Pero ha conseguido estabilizar su situación y mantener la mayoría de su plantilla.

Más adelante volveremos sobre ella para describir su sistema de participación en el capital.

2.4. Sedus Stoll A. G. (S.A.)

Empresa fundada en 1871, cuenta con 821 trabajadores y fabrica y distribuye muebles de oficina. Cuenta desde 1952 con un programa de participación en los beneficios para todo el personal con una antigüedad de un año, que se traduce en la asignación de una parte de los mismos tras impuestos. La base de asignación es el salario individual y la cuantía última se determina en función del resultado anual. Se establece un dividendo mínimo atribuido a los accionistas. El 50% del resto se asigna al personal. El otro 50% se reparte, en principio nuevamente al 50%, entre dividendo adicional para los accionistas y atesoramiento en forma de reservas.

La parte asignada a cada empleado (*Ergebnislohn*) se divide en un pago en metálico y un préstamo a la sociedad por un interés determinado. El «rescate» de ese préstamo tiene lugar a solicitud del trabajador con el acuerdo de la sociedad.

Los datos ofrecidos por la empresa en 2011 (Schneider y Fritz, 2013) indicaban que la situación del sector, con muchas fluctuaciones en la demanda, había supuesto que en los últimos años los pagos adicionales se situaran entre 0 y 2 salarios por cada trabajador.

Volveremos también a esta sociedad en el siguiente apartado sobre participación en el capital.

V. PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL (*KAPITALBETEILIGUNG*)

La participación en el capital se entiende en sentido amplio, esto es, desde la adquisición de partes alícuotas del capital de la sociedad (anónima y limitada principalmente, por tanto, adquisición de acciones o participaciones), hasta la inversión por medio de capital ajeno, de préstamos.

La ventaja que presenta este último tipo de financiación desde la perspectiva de los trabajadores es la reducción del nivel de riesgo asumido por ellos, ya que en situación de insolvencia el capital propio es capital «perdido» para su titular, mientras el capital ajeno podría ser, al menos en parte, recuperado. Por otra parte, ofrece una rentabilidad determinada independiente de los resultados, aunque puede acordarse una retribución parcialmente dependiente de los mismos. Y, por último, la inversión se recupera en el momento fijado en el contrato. Para el titular de la empresa implica no ceder poder en la toma de las decisiones, aunque contractualmente puedan reconocerse derechos de información o control.

Por contra, la participación en el capital supone para el titular de la empresa un fortalecimiento de su estructura financiera, pero implica cesión de derechos políticos. A los trabajadores les exige una mayor asunción de riesgo.

Junto a las formas básicas de capital propio y préstamos de los trabajadores otro instrumento utilizado en la práctica es el de los híbridos financieros; a efectos fiscales es capital ajeno pero en sentido económico-financiero está más próximo al capital propio. Entre estas figuras la más utilizada es la de las cuentas en participación. Además se recurre a las obligaciones o los bonos de disfrute. Repasaremos las formas con una mayor presencia en la práctica alemana.

1. Adquisición por los trabajadores de acciones o participaciones⁴⁴

La participación en el capital social es la forma de participación financiera más intensa que pueden tener los trabajadores, quienes se convierten en cotitulares de la empresa a todos los efectos. Tienen, pues, los mismos

⁴⁴ Claro está que no son las únicas formas sociales en las que puede plantearse la participación, la adquisición de la condición de socio en las cooperativas o la participación de los trabajadores como socios comanditarios en las sociedades comanditarias son también participación en el capital en sentido estricto. Como ya hemos mencionado anteriormente nos limitamos a mencionar la adquisición

derechos de información, control y decisión que el resto de los socios. Es también la menos extendida, por las mayores reticencias que plantean tanto los «viejos socios» como los propios empleados, sin embargo, ha ido creciendo principalmente en empresas en las que es importante la innovación y precisan de personal altamente cualificado. Es, por otra parte, la impulsada por la normativa en vigor con medidas de exención tributaria y de cotización a la seguridad social y subvenciones directas para la adquisición por los trabajadores de acciones o participaciones de sus empresas.

1.1. Adquisición de acciones⁴⁵

La forma de sociedad anónima en Alemania ha sido tradicionalmente una forma minoritaria, utilizada por la gran empresa y no así por las pymes. Algunas de esas grandes empresas, sobre todo las cotizadas, como Siemens AG, Lufthansa AG, Volkswagen AG, SAP SE, Axel Springer SE, o Kion Group AG⁴⁶, ya cuentan con programas de participación y ofrecen a sus empleados acciones procedentes de su autocartera o de ampliaciones de capital acordadas al efecto. Las acciones pueden entregarse gratuitamente (sería también participación en beneficios), pueden ofrecerse en condiciones más beneficiosas que las de mercado y/o pueden ser adquiridas por los trabajadores con préstamos otorgados por la propia sociedad.

La transmisión de acciones a los trabajadores tiene la consideración de salario a efectos fiscales (es gasto de explotación para la empresa) y de cotización, pero desde la entrada en vigor en 2009 de la Ley para la participación de los trabajadores 360 € anuales están exentos de cotización y tributación⁴⁷. Si los trabajadores adquieren esas acciones a un precio infe-

de acciones o participaciones por tratarse de los tipos sociales más frecuentes y porque lo dicho respecto de ellas es aplicable al resto.

⁴⁵ No vamos a analizar en este momento el supuesto de las opciones sobre acciones porque no es habitual que se extienda a todos los trabajadores.

⁴⁶ El estudio de la European Federation of Employee Share Ownership (EFES) publicado en 2016 bajo el título «Annual Economic Survey of Employee Share Ownership in European Countries», p. 38, recoge un listado de las principales sociedades anónimas, la mayoría cotizadas, que participan a sus trabajadores en el capital., vid. <http://www.efesonline.org/Annual%20Economic%20Survey/2016/Survey%202016.pdf>.

⁴⁷ § 3 Nr. 39 EStG (*Einkommensteuergesetz*). La ley establece dos condiciones para la aplicación de la exención: que la oferta se haya extendido a todos los trabajadores de una antigüedad superior al año y que se trata de una aportación voluntaria de la empresa adicional al salario pactado.

rior al de mercado es la diferencia la que tiene la consideración de salario a estos efectos. En ocasiones la compra se financia con un préstamo ofrecido por la propia empresa a sus empleados.

Por otra parte, como ya indicamos más arriba, la Ley de formación del patrimonio recoge en su § 13.5 el derecho de los trabajadores a una subvención pública (*Arbeitnehmer-Sparzulage*) con un límite del 80 € anuales en concepto de prestación para esa constitución (*vermögenswirksame Leistung*), puesto que la adquisición de acciones de la propia empresa es una de las inversiones promovidas por el estado de cara a garantizar una renta suficiente al término de la vida laboral⁴⁸.

El dividendo obtenido está sujeto al impuesto sobre el rendimiento del capital (*Abgeltungsteuer*) con un tipo del 25% (más una tasa complementaria de solidaridad, *Solidaritätszuschlag*). Es el mismo tipo aplicable al beneficio obtenido con la transmisión de las mismas.

La aprobación en 1994 de la Ley para pequeñas sociedades anónimas y para la desregulación del derecho de las acciones (*Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts*) supuso una importante expansión de esta forma social y al mismo tiempo de la participación de los empleados en el capital a través de la tenencia de acciones, entre otras razones porque las pequeñas anónimas más innovadoras han considerado esta práctica como una práctica adecuada, avanzada, para implicar a sus trabajadores en el futuro de la empresa y fidelizar su relación con la misma (Schneider y Fritz, 2013)⁴⁹.

La participación en el capital ha sido, por otro lado, una fórmula exitosa en casos de concurso. La asunción por los trabajadores de la propiedad de la empresa ha permitido el mantenimiento de la misma y de los puestos de trabajo abocados a la desaparición.

⁴⁸ La ayuda está limitada a aquellos empleados que no superan los 20.000 € de base liquidable en su declaración de la renta, límite que asciende a 40.000 en caso de empleados con una relación matrimonial o equivalente a efectos fiscales., *vid.* § 13, 5. VermBG. El límite ha sido criticado por insuficiente, *vid.* recientemente la asociación promotora de la participación AGP, plantea duplicar esas cifras mínimas, http://www.agpev.de/downloads/pm_agp_positionspapier-btw2017_22mai17.pdf.

⁴⁹ En 2016 un 39 % de las sociedades anónimas alemanas participan a sus trabajadores en el capital, con una inversión media por trabajador de 17.000 €, *vid.* <http://www.efesonline.org/Annual%20Economic%20Survey/2016/Survey%202016.pdf>.

Una de las mayores ventajas que supone la inversión en acciones de sociedades anónimas cotizadas es su fungibilidad, cosa que en las pequeñas y medianas se ve moderada por la ausencia de un mercado continuo. Para solucionar esta dificultad algunas empresas alemanas organizan «bolsas de empleados», donde los interesados en vender o comprar acciones pueden llegar a acuerdos de transmisión de las mismas. Otras sociedades optan por cláusulas de recompra de la propia sociedad.

1.2. Adquisición de participaciones

Aunque las medidas de fomento aplicadas a la adquisición de participaciones son las mismas que las mencionadas más arriba y el número de sociedades limitadas es infinitamente mayor, son muy pocas las que cuentan entre sus socios a los trabajadores. Solo un 7,4% de las formas de participación utilizadas por las empresas alemanas correspondía en 2009 a la tenencia de participaciones de sociedades limitadas. Y solo 315 sociedades limitadas contaban con programas de este tipo. Frente a un 17% de tenencia de acciones para un total de 727 anónimas participadas⁵⁰.

Por una parte, al tratarse de sociedades más cerradas, con menor número de socios, la entrada en el capital de los empleados supone un mayor riesgo de pérdida de control de la compañía para los fundadores. Por otra, la transmisión de las participaciones es más compleja, material y formalmente, que la de las acciones. Y la ganancia correspondiente a esa transmisión, tras una reforma en vigor desde 2002, tributa como renta si la participación en el capital alcanza el 1% («participación esencial»)⁵¹; lo que hace la transmisión menos interesante.

1.3. Algunos ejemplos⁵²

A) Meissner AG Modell und Werkzeugfabrik (SA)

Se trata de una empresa de sector del automóvil fundada en 1922 y que cuenta con unos 300 trabajadores. Su historia más reciente se inicia

⁵⁰ Son datos publicados en 2016 por la Hans Böckler Stiftung, en su Estudio n° 333 de 2016, https://www.boeckler.de/pdf/p_study_hbs_mbf_bvd_333.pdf.

⁵¹ § 17.1.1 EStG (*Einkommensteuergesetz*).

⁵² Los ejemplos recogidos son ejemplos de empresas medianas, dejamos fuera las grandes sociedades anónimas cotizadas, aunque sean las que porcentualmente más programas de participación en el capital ofrecen, porque consideramos más

con el concurso de la sociedad comanditaria original en 1994. Tras dos años de administración concursal con resultado positivo y no habiendo encontrado un inversor privado que garantizara el futuro fueron sus 170 trabajadores quienes decidieron invertir entre 10.000 y 15.000 marcos cada uno y constituir una sociedad anónima que continuara con la actividad. En 1997 se funda la actual sociedad con el 100% del capital en manos de sus trabajadores. En estos momentos mantienen el 65% del mismo. Nuevos inversores han contribuido a la recuperación de su posición en el mercado internacional y la apertura de filiales en México y China.

Todos los trabajadores con una antigüedad superior al año y contrato de trabajo estable tienen acceso a las acciones (nominativas) cuya adquisición financia en parte la propia sociedad. Son acciones de la autocartera que la misma constituye con este propósito. Los trabajadores no pueden enajenarlas antes de pasados los 3 años de su adquisición, y han de hacerlo, con la autorización del comité de vigilancia, a trabajadores con derecho a la adquisición.

B) Grünbeck Wasseraufbereitung GmbH (SL)

Es una empresa cuya actividad se centra en el tratamiento de aguas. Fundada en 1949, en 2015 emplea a más de 800 trabajadores entre sus distintas sedes en Alemania y en las filiales constituidas en Europa. Cuenta con programas de participación en los resultados desde 1970 y de participación en el capital desde 1987. Los trabajadores son titulares del 46% del capital.

Son dos las formas de participación posibles en la sociedad: en calidad de socios o de cuentapartícipes. El valor nominal de las participaciones es de 5.000 € y pueden ser adquiridas, previo acuerdo de aumento del capital, por los empleados con contrato indefinido. La sociedad no financia la adquisición, pero también participa a sus trabajadores en los beneficios, que éstos pueden destinar a esa adquisición. Son transmisibles inter vivos con el visto bueno de un consejo asesor designado por la junta de socios a otro empleado autorizado; la transmisión mortis causa es libre.

Los trabajadores pueden optar por la participación como cuentapartícipes que en parte, 308 € anuales, es financiada por la empresa. La aporta-

interesante reflejar la posibilidad de que también en las pyme puede plantearse con éxito la participación.

ción del trabajador puede ser de 480 € anuales. En este caso se percibe un rendimiento garantizado del 5% y no hay participación en las pérdidas. Las cuentas tienen una duración mínima de 6 años y solo puede solicitarse su rescisión en supuestos de emergencia.

2. *Cuentas en participación*

2.1. Concepción

Ya hemos indicado más arriba que también la financiación híbrida se entiende como participación en el capital y que las cuentas en participación son un ejemplo de la misma. Pues bien, en Alemania representan el instrumento más utilizado para articular la participación financiera de los trabajadores⁵³.

Quizá esto se entiende desde la ventaja que plantea para los titulares de la sociedad: la participación no altera la estructura de poder en la misma. Los trabajadores no participan como socios en la gestión empresarial, la toma de decisiones sigue estando en manos de los fundadores. Esto es así en las cuentas típicas⁵⁴, que son las que se suscriben en este ámbito.

Es, por otra parte, una figura que puede ser utilizada por todos los tipos societarios, que no exige modificaciones estatutarias, ni documento público para su formalización y muy flexible en su configuración legal. El derecho alemán permite que se excluya la participación en las pérdidas del cuentapartícipe, lo que constituye una garantía que también hace la fórmula atractiva para los trabajadores.

Desde el punto de vista fiscal, las ganancias obtenidas por los trabajadores suponen gasto de explotación para la sociedad (§ 4.4 EStG), disminu-

⁵³ El estudio ya mencionado publicado por la AGP y que recoge datos estadísticos de 2009 indica que esta forma de participación es la elegida por un 30,2 % del total de empresas que hacen a sus trabajadores partícipes del capital en sentido amplio. La segunda forma con un 17% sería la tenencia de acciones (Sendel-Müller y Weckes, 2016). En el mismo sentido un informe del Ministerio de trabajo de 2011, http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Thema-Arbeitsmarkt/a191-mitarbeiterkapitalbeteiligung-broschuere.pdf?__blob=publicationFile, p. 48.

⁵⁴ El derecho alemán distingue entre cuentas típicas y atípicas, estando entre éstas últimas las que configuran derechos de control y codecisión para el cuentapartícipe. Su tratamiento fiscal hace que tampoco sean interesantes para los trabajadores, por cuanto los beneficios tributarían como beneficio empresarial (Blaurock, 2016).

yen, por tanto, el beneficio sujeto a tributación. Para los trabajadores son rendimiento del capital mobiliario, con lo que tributarán al 25% (más una tasa suplementaria de solidaridad).

La participación en calidad de cuentapartícipe otorga a los trabajadores un amplio derecho de información. Conforme al § 233 HGB cada uno de ellos puede exigir la comunicación escrita de las cuentas anuales y comprobar su corrección mediante la inspección de libros y documentos contables. En la práctica este control suele ser llevado a cabo por asesores fiscales o auditores que trasladan sus informes a los empleados. En ocasiones los cuentapartícipes nombran un comité de socios (*Gesellschafterausschuss*), que es el que desempeña esa labor de control.

La disolución de las cuentas, cuando se han constituido por tiempo indefinido, puede materializarse al final del ejercicio contable si se ha solicitado con seis meses de antelación (§132 HGB). Si la constitución se ha hecho por tiempo determinado se exige justa causa (§ 723 BGB). En la práctica suele excluirse el derecho de denuncia por un plazo determinado que oscila entre los 3 y los 15 años (en la mayoría de los casos 5 o 6 años). La venta de la empresa o la incapacidad del trabajador suelen recogerse como justa causa para la disolución anticipada (Schneider y Fritz, 2013).

2.2. Algunos ejemplos

A) *Eisenwerk Würth GmbH (SL)*

Es una empresa del sector del metal que emplea a 50 trabajadores. Fundada en 1912 cuenta con un programa de participación desde 2003. El marco jurídico en el que se configura el modelo es el del acuerdo de empresa. Los empleados con un año de antigüedad y contrato indefinido pueden invertir un mínimo de 250 y un máximo de 2.000 € anuales en la empresa en forma de cuentas en participación. La propia empresa asume el 20% de esta inversión. Los beneficios obtenidos han oscilado en este tiempo entre el 1 y el 11%, pero los trabajadores también corren el riesgo de perder su inversión porque no se ha excluido la participación en las pérdidas. El derecho de denuncia ordinario se excluye durante los seis primeros años, contados desde el 1 de enero del año en que se ha hecho la inversión. La posición de cuentapartícipe no es transmisible. Los trabajadores partícipes eligen un comité de socios, compuesto por tres de ellos, que ejerce las labores de información y control definidas legalmente.

Las cuentas en participación representaban en 2011 el 1.96% de los fondos propios de la empresa (Schneider y Fritz, 2013).

B) SCHRAG Kantprofile GmbH (S.L.)

Ya hemos hecho referencia a esta empresa anteriormente (3.2.2) al mencionar su sistema de participación en los beneficios. Los trabajadores pueden destinar esta participación a la constitución de cuentas en participación que se retribuyen con un rendimiento de entre el 4% y el 10% en caso de beneficios⁵⁵. También en este caso se asumen pérdidas de entre un 2 y un 5% en caso de padecerlas la empresa. Al igual que en el supuesto anterior se excluye el derecho de denuncia ordinario en los seis primeros años y la participación es intransmisible.

La inversión de los trabajadores en cuentas asciende en 2011 a 0,43 millones €, el 1.5% de los fondos propios (Schneider y Fritz, 2013).

3. Bonos de disfrute

3.1. Concepción

Es otra fórmula de financiación híbrida, una de las que menos se utiliza⁵⁶, pero que ofrece una gran flexibilidad, dado que no se encuentra regulada aunque sí mencionada en diversas leyes, entre ellas la de promoción de la participación de los trabajadores. Cualquier forma jurídica de empresa puede utilizar este instrumento de financiación; también está a disposición de las pequeñas y medianas empresas. Los bonos incorporan derechos patrimoniales sobre los beneficios obtenidos por la empresa y/o sobre el remanente tras su liquidación. No implican derechos de voto ni ningún otro más allá de los de contenido económico. Se aproximan así al préstamo parciario o a las acciones privilegiadas. Fiscalmente los bonos son considerados capital ajeno, por lo que las ganancias obtenidas por los trabajadores suponen gasto de explotación para la sociedad (§ 4.4 EStG), disminuyendo por tanto el beneficio sujeto a tributación. Para los trabajadores son rendimiento del capital mobiliario, con lo que tributarán al 25%.

⁵⁵ La retribución puede tener distintos componentes: una cantidad fija mínima, un porcentaje sobre los beneficios, sobre el incremento del valor de la empresa, etc. que será determinada en el contrato de cuentas.

⁵⁶ 11,1% de las empresas participadas recurría a esta fórmula en 2009 (Sendel-Müller y Weckes, 2016).

La inversión está sujeta al riesgo de insolvencia de la empresa, de ahí su carácter híbrido.

3.2. Algún ejemplo: Sorpetaler Fensterbau GmbH (SL)

Empresa familiar fundada en 1880 como carpintería sufre una importante crisis en 1974; en 1985 acomete un profundo saneamiento y en 1989 establece un sistema de participación de los trabajadores que le permite obtener la financiación que necesita a largo plazo sin perder el control de la misma. Cuenta con unos 60 trabajadores, un capital inscrito de 25.000 € y un capital en forma de bonos de 1.305.000 € (Schneider y Fritz, 2013). Unos dos tercios de los trabajadores son titulares de bonos, antiguos trabajadores y trabajadores jubilados mantienen también la titularidad. Desde la existencia del programa solo en dos años han dejado de repartirse beneficios y se han alcanzado rentabilidades de hasta el 15%⁵⁷, que se destinan en parte al reparto y en parte a la adquisición de nuevos bonos. Son transmisibles, aunque con el consentimiento de la propiedad. La inversión no puede recuperarse en cinco años, aunque hay también bonos a 20 años.

4. Préstamos de los trabajadores

4.1. Concepción

Nos detenemos, por último, en la participación de los trabajadores mediante capital ajeno. Ya hemos indicado más arriba cuales son las principales características de este modelo: implica un riesgo menor, pero también una menor participación inmaterial (en la gestión, en el control) para los empleados. Fue en un inicio la vía preferida de participación de las empresas alemanas, pero en estos momentos ocupa una posición secundaria (Sendel-Müller y Weckes, 2016). En la primera mitad del siglo XX (años 20-30 principalmente) las grandes empresas indujeron a sus trabajadores a invertir parte de su salario en la propia empresa, con el resultado de que en una larga sucesión de quiebras aquellos perdieron ambas cosas, trabajo e inversión. Como consecuencia de esa negativa experiencia la ley del sistema crediticio (*Kreditwesengesetz*) prohíbe en su § 3.1 que una empresa pueda recibir depósitos cuando la mayoría de los depositantes sean precisamente sus propios empleados (*Werksparkassenverbot*). En 2002 se llegó

⁵⁷ https://www.welt.de/wams_print/article1547623/Mitarbeiter-uebernehmen-Sorpetaler-Fensterbau.html.

al compromiso de que la participación en forma de préstamos de los trabajadores es aceptable únicamente si los depósitos cuentan con garantía bancaria, salvo si son totalmente financiados por la propia empresa (por ejemplo como participación en los resultados, en ningún caso con el salario en sentido estricto).

Son dos las variantes con mayor presencia práctica: el préstamo parciario y los «depósitos de empleados» (*Mitarbeiterguthaben*).

En el primero de los casos suele pactarse un interés mínimo y otro variable en función de los resultados obtenidos por la empresa. En cualquier caso ha de quedar claro el carácter de préstamo frente al de cuenta en participación porque el primero no participa de las pérdidas.

En el caso de los denominados «depósitos de empleados», es la empresa la que destina fondos (normalmente participación en beneficios) a una «cuenta» del trabajador, de la que éste no puede disponer durante el periodo de tiempo fijado. En tanto no lo hace, la cantidad asignada no está sujeta al abono de los impuestos y gastos sociales correspondientes, con lo que se produce un efecto de aplazamiento impositivo interesante para ambas partes.

Fiscalmente, como se ha indicado respecto del capital híbrido, los préstamos son capital ajeno, por lo que los intereses abonados a los trabajadores suponen gasto de explotación y disminuyen el beneficio sujeto a tributación. Para los trabajadores son rendimiento del capital mobiliario, con lo que tributarán al 25% (Tzschentke, 2010).

4.2. Algunos ejemplos

A) *Sedus Stoll AG* (SA)

Ya hemos hecho referencia a esta empresa anteriormente (3.2.4) al mencionar su sistema de participación en los beneficios. Esa participación en los beneficios puede transformarse en préstamo a la sociedad con una retribución que se determina en función de la rentabilidad de los títulos del Estado en el Eurex. Todos los trabajadores pueden optar a este tipo de participación, salvo el personal ejecutivo que tiene su propio modelo. Puede rescatarse la inversión a solicitud del trabajador. Aunque cuando el rescate se solicita por abandono de la empresa la devolución se hace por cuotas anuales, como en caso de jubilación. En 2011 Sedus tenía un capital social de 15.255.000 € y préstamos de los trabajadores por valor de 4.9 millones (Schneider y Fritz, 2013).

B) *SCHRAG Kantprofile GmbH (SL)*

También en este caso se ha hecho referencia a la empresa en el apartado de participación en los beneficios. Nuevamente, la participación en el capital (ajeno) se financia desde la misma empresa. En este caso esa participación en el resultado queda invertida en «depósitos de empleados» (*Mitarbeiterguthaben*) que son retribuidos con un interés mínimo del 2% que puede alcanzar el 4% en función de los resultados obtenidos por la sociedad. Los intereses son abonados directamente a los trabajadores. El momento en que los depósitos se hacen efectivos es decisión de la empresa. En 2011 estos depósitos ascendían a 1.31 millones €, cuando el capital social era de 3.5 millones € (Schneider y Fritz, 2013).

5. Participación indirecta

5.1. Concepción

La participación en el capital de la empresa no siempre se articula a través de una relación directa entre el trabajador y la sociedad. Una fórmula alternativa es la que parte de la constitución de una sociedad de participación que aglutina la inversión realizada por los trabajadores y la pone a disposición de la empresa para la que trabajan. Esta sociedad «intermedia» suele tener la forma de *Trust* en el ámbito anglo-americano y de sociedad limitada, asociación o fundación en el derecho continental. En Alemania, aunque es más frecuente la participación directa (Lowitzsch y Hanisch, 2014), la forma a la que más se recurre es la de la sociedad limitada seguida de la sociedad civil (las formas de asociación, fundación o administración fiduciaria lo son menos).

Son varias las ventajas que se atribuyen a esta constelación. Para la empresa supone un menor esfuerzo de administración puesto que su relación es con una única persona jurídica y no con todos los trabajadores que participan en su capital. Para las personas trabajadoras implica unificar sus derechos de decisión, control e información como socias a la hora de defender sus intereses como tales. Por otra parte, facilita el acceso a la financiación externa si han de adquirir con sus propios fondos esas participaciones en el capital. La necesidad de financiación externa es especialmente significativa en los supuestos de sucesión de empresa⁵⁸ o cuando un

⁵⁸ Podemos pensar en una sucesión planificada en que existe la voluntad de que sean los trabajadores quienes continúen con la actividad empresarial en supues-

socio, o varios, quieren transmitir sus participaciones (o acciones) y no se quiere hacer a personas extrañas a la sociedad. En general puede ofrecer a los trabajadores mayor flexibilidad cuando necesiten o quieran transmitir su participación (Schneider y Fritz, 2013).

En los casos en que la sociedad de participación es una sociedad limitada, suelen darse tres niveles de relaciones societarias. Por una parte está la constitución de esa sociedad limitada de participación, cuyos socios pueden ser la sociedad operativa, sus socios o éstos junto con los trabajadores partícipes. Por otro lado está la relación de estos trabajadores con la sociedad de participación, de la que no necesariamente son socios titulares de participaciones sociales. En ocasiones los trabajadores son partícipes de cuentas en participación en las que la gestora es la sociedad de participación. Y finalmente está la relación de la sociedad de participación con la sociedad titular de la empresa; que nuevamente puede ser socia titular de acciones o participaciones, o puede ser también cuentapartícipe, o prestamista. Las opciones son múltiples. La elección depende de las concretas características de la empresa participada.

5.2. Algunos ejemplos

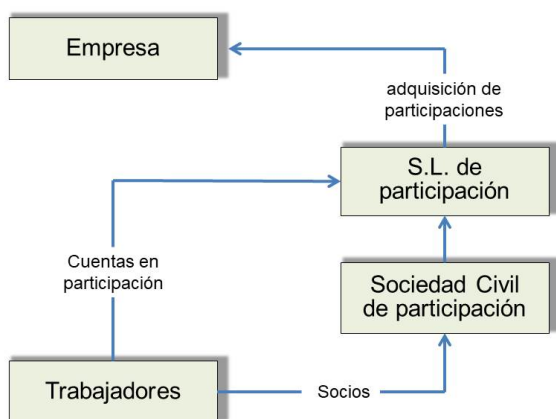
A) *FLACHGLAS Wernberg GmbH (SL)*

Esta sociedad, descrita ya anteriormente en el apartado de participación en beneficios (3.2.3), combina la presencia de una sociedad civil de la que son socios los trabajadores de la empresa operativa, con una sociedad limitada de participación constituida por ésta sociedad civil y que es titular del 51% de las participaciones de Flachglas. Los trabajadores financian además «su» sociedad limitada de participación a través de cuentas en participación. La constitución de la sociedad civil facilita la gestión de los cambios de socios, que sería más compleja si fueran socios de la limitada por los requisitos exigidos para la transmisión de participaciones. La retribución de la inversión se materializa a través del rendimiento de las cuentas en participación, con un beneficio máximo del 15%.

tos de jubilación, etc. En estos casos es interesante plantear una incorporación escalonada de los trabajadores al capital, que puede ser financiada de forma total o parcial externamente. Sería más sencillo acometer el proceso desde una participación indirecta.

En este caso la sociedad ha financiado a través de préstamos a los trabajadores la inversión de éstos en las sociedades de participación. Una parte del precio de las participaciones se financió con beneficios, a los que se añadieron las denominadas prestaciones que fomentan la formación de patrimonio (*vermögenswirksame Leistungen*)⁵⁹.

Es interesante destacar que en el Consejo de Vigilancia de Flachglas los trabajadores están representados por expertos independientes. Los administradores de la sociedad civil y la sociedad limitada de participación representan a ambas sociedades en la Junta de Flachglas (con un 51% del capital).



Flachglas Wernberg GmbH
Lowitzsch y Hanisch, 2014

B) HOMAG Group AG (SA)

Estamos ante una empresa de 6126 trabajadores que es líder mundial en la fabricación de máquinas para la producción de muebles y que cotiza en bolsa desde 2007. En 2014 Dürr AG adquiere el control de la misma con un 55.9% del capital. La empresa nace en 1960 y desde 1974 cuenta con la participación de los empleados en el capital a través del instrumento de las cuentas en participación. Cada trabajador tiene la posibilidad de invertir hasta seis veces su salario, inversión que es remunerada en función de las ganancias obtenidas. Si la inversión ha sido financiada por la propia empresa, un 50%, de la ganancia correspondiente se aplica a la amortización

⁵⁹ Recordamos que se trata de aportaciones del empresario a la cuenta de ahorro, cuenta-vivienda, más tarde seguro de vida, etc. que el trabajador indica y que están determinadas por la Ley. No están sujetas a tributación en el momento de su percepción y no cotizan.

del préstamo obtenido, el resto se abona al partícipe. Un 98.5% de los trabajadores llega a invertir en la empresa.

La configuración de la participación se modifica con la constitución de la sociedad limitada de participación Homag-Mitarbeiter-Beteiligungs-GmbH, que pasa a ser la partícipe en la relación con Homag AG (Lowitzsch y Hanisch, 2014).

En 2015 el grupo liquida las cuentas en parte de sus filiales, pero ofrece nuevamente a sus trabajadores la opción de volver a invertir con base en el mismo instrumento, opción a la que se acoge alrededor de la mitad del personal con una inversión en 2016 de 8.9 millones €⁶⁰.

VI. VALORACIÓN DE LOS PARTES INTERESADAS

La valoración tanto de la dirección como de las personas trabajadoras recogida en los casos mencionados (Schneider y Fritz, 2013) y otros muchos documentados en la literatura⁶¹ es positiva. Por parte de la dirección de las empresas se subrayan aspectos como el incremento de la motivación, de la identificación con la empresa, de la competitividad y de la estabilidad financiera cuando la participación es en el capital. También se valora la mayor flexibilidad de las plantillas participativas, flexibilidad que permite adaptar la empresa a la situación de mercado manteniendo el mayor número posible de puestos de trabajo. El incremento de la transparencia respecto de la situación económica y financiera y de los resultados obtenidos mejora la comprensión de las medidas tomadas en tiempos de dificultades.

Las empresas que compiten en mercados altamente cualificados aprecian especialmente la fidelización de su personal mejor formado conseguida por medio de la participación.

Desde la representación de las personas trabajadores y de ellas mismas se aprecia, lógicamente, la participación económica en el éxito fruto del trabajo colectivo. También se valora muy positivamente la mayor información sobre la situación económica y financiera de la empresa, que permite

⁶⁰ *vid.* p. 8 del informe contable de 2016: <https://www.homag.com/fileadmin/image/reports/Jahresabschluss-2016.pdf>.

⁶¹ Entre ellos el siguiente informe publicado en 2011 por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Thema-Arbeitsmarkt/a191-mitarbeiterkapitalbeteiligung-broschuere.pdf;jsessionid=FFA0A3A01F92448383744467F20D1BAB?__blob=publicationFile&v=1.

comprender (o discutir) las medidas adoptadas por la dirección. La transparencia informativa genera confianza. Al mismo tiempo se entienden los programas de participación como signo de confianza de los titulares de la empresa en las personas trabajadoras y de valoración de su trabajo.

Quienes participan en el capital subrayan como positivo el incremento del grado de codecisión que implica la participación en todos los órganos sociales. Por otra parte indican que obtienen una rentabilidad mayor que la que les ofrecen fórmulas alternativas de inversión. Dicen no tener problemas en diferenciar los dos roles, como asalariados y como copropietarios, en los que se encuentran en el empresa.

Curiosamente, en muchos casos se menciona un escepticismo inicial que la práctica se ha encargado de superar.

VII. CONCLUSIONES

Alemania no cuenta con un régimen legal ambicioso en materia de fomento de la participación de los trabajadores en las empresas. Las medidas adoptadas por la ley de 2009 son de un alcance muy limitado y su estrella, la constitución de los fondos especiales de participación de los trabajadores, ha sido un auténtico fracaso por su complejo diseño.

La promoción de sistemas privados de pensiones ha sido la prioridad de los últimos gobiernos federales, de forma que la «competencia» entre estos dos instrumentos de formación de un capital en manos de las personas trabajadoras de cara, en especial, a garantizar un nivel adquisitivo suficiente tras la jubilación, se ha resuelto en favor de éstos.

Por otra parte, ni las asociaciones de empresarios ni los sindicatos han apostado claramente por modelos de participación financiera. Es una constante desde que en la segunda mitad del s. XIX se empieza a hablar de participación.

Los sindicatos han temido su pérdida de influencia y de poder si se incrementa la participación de los trabajadores en sus empresas. Ese temor se ha manifestado desde el inicio de la discusión sobre esta posibilidad, aunque los estudios empíricos realizados no lo confirman (Lowitzsch y Harnisch, 2014). Y la práctica de las empresas participadas tampoco. Es cierto que con ocasión de la discusión previa a la aprobación de la Ley de 2009 la Federación de Sindicatos Alemanes (DGB) se mostró favorable a la participación siempre que no se entienda como alternativa a la política salarial, que se adopten medidas de aseguramiento de la inversión de los trabajado-

res y que los comités de empresa participen en el diseño de los programas. Pero insiste en la necesidad de una política salarial activa y de una política fiscal social que deberían acompañar al fomento de la participación, solo sobre esos tres pilares podría erigirse una redistribución equitativa de la riqueza, que sería su objetivo.

Tampoco las asociaciones empresariales se muestran entusiasmadas con la idea de la participación financiera, sobre todo en el capital, de sus trabajadores. Entienden que la cogestión ya garantiza un nivel de participación suficiente y que la situación de las empresas alemanas pone de manifiesto que el sistema actual funciona, por lo que no es razonable modificarlo sustancialmente.

Sin embargo, la crisis económica y financiera que estalló en 2008/2009 ha puesto de manifiesto en toda Europa, también en Alemania, que la estructura de reparto de la propiedad en nuestras sociedades implica que en tales situaciones la brecha económica entre quienes detentan la propiedad de los medios de producción y quienes no tienen acceso a ella se incrementa de forma difícilmente asumible. La participación de las personas trabajadoras, en especial en el capital de sus empresas, puede abordarse desde esta perspectiva. Se trata de abrir vías para permitirles el acceso a la propiedad productiva, a la propiedad que genera propiedad, lo que permitiría mitigar las peores consecuencias de las fases de crisis. Eso supone asunción de riesgo, pero las experiencias de participación analizadas ponen de manifiesto que esa asunción se traduce en mayor estabilidad de los puestos de trabajo. La participación de los trabajadores ha sido también una fórmula válida para el reflotamiento de empresas al borde del concurso. No se aprecia en la práctica una aversión generalizada al riesgo por parte de los trabajadores.

La AGP (Confederación para la participación de los trabajadores) ha propuesto, con ocasión de la campaña electoral para las elecciones de 2017, el incremento de 360 a 1200 € de la cuantía exenta de cotización y tributación percibida por los trabajadores y con destino a la participación financiera en sus empresas y el incremento, duplicándolos, de los umbrales para la percepción de subvenciones estatales destinadas a la participación en el capital. Siguen siendo pasos tímidos que no permiten augurar que Alemania, a corto plazo, escale posiciones en el ranking de estados europeos con mayor participación.

Bibliografía

- BLAUROCK, U. (2016). *Handbuch Stille Gesellschaft*. Köln. Otto Schmidt.
- GAUGLER, E. (1985). «Die Beteiligung der Arbeitnehmer am Produktivvermögen aus betriebswirtschaftlicher Sicht». *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 19, 49-68.
- HOMANN, W. (1955). *Die Entwicklung der Sozialpartnerschaft dargestellt an den Wandlungen der Gewinnbeteiligung seit Mitte des 19. Jahrhunderts*. Berlin. Tesis doctoral.
- JUNGBLUT, M. (1973). *Nicht vom Lohn allein - Elf Modelle für Mitbestimmung und Gewinnbeteiligung*. Hamburgo. Hoffman u. Campe GmbH.
- KLEIN, A. & BRAUN, H-W (1986). «Möglichkeiten der betrieblichen Vermögensbildung». *Betriebs-Berater*, 41, 673-678.
- KURDELBUSCH, A. (2003) *Variable Vergütung in deutschen Großunternehmen*. Bochum. Tesis doctoral.
- LOWITZSCH, J. & HANISCH, S. (eds). (2014). *Mitarbeiterkapitalbeteiligung unter Verwerdung einer Beteiligungsgesellschaft*. Düsseldorf. Hans-Blöcker-Stiftung.
- MAKOSCH, M. (2013). *Erfolgsbeteiligung in der Sozialwirtschaft*. Hamburgo. Diplomika.
- MEHRENS, K., STRACKE & WILK, P. (2011). *Die finanzielle Mitarbeiterbeteiligung praxis-tauglich weiterentwickeln*. Bonn. Friedrich-Ebert-Stiftung.
- MIMENTZA, J. (2017). «Efecto de las directivas comunitarias sobre los derechos de participación y consulta en las grandes empresas multinacionales alemanas». *Documentación Laboral*, 107, 89-108.
- OTTO, B. (2011). *Mitarbeiterbeteiligung in Deutschland, Österreich und Großbritannien*. Berlin. epubli GmbH.
- REHLING, A. (2011). *Konfliktstrategie und Konsenssuche in der Krise. Von der Zentralarbeitsgemeinschaft zur Konzentrierten Aktion*. Baden Baden. Nomos.
- REUTER, D. (1984). «Verbesserung der Risikokapitalausstattung der Unternehmen durch Mitarbeiterbeteiligung». *Neue Juristische Wochenschrift*, 1849-1863.
- RITTER, G. (1998). *Soziale Frage und Sozialpolitik in Deutschland seit Beginn des 19. Jahrhunderts*. Berlín. Springer.
- SANCHES ANDRÉS, A. (2002). «Las llamadas *stock options* y las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica». En *Derecho de sociedades: homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 2, 1485-1540.
- SCHNEIDER, H. J. & FRITZ, S. (2013). *Erfolgs- und Kapitalbeteiligung*. Düsseldorf. Symposium.
- SCHNEIDER, H. J., FRITZ, S. & ZANDER, E. (2007). *Erfolgs- und Kapitalbeteiligung der Mitarbeiter*. Düsseldorf. Symposium.
- SEIFERT, A. (2017). «Entre cooperación y conflicto social: el modelo alemán de participación de los trabajadores en los órganos de dirección de las grandes empresas». *Documentación Laboral*, 107, 55-70.
- SENDEL-MÜLLER, M. & WECKES, M. (2013). *Gewinn- und Erfolgsbeteiligung*. Frankfurt. Bund.
- SENDEL-MÜLLER, M. & WECKES, M. (2016). *Mitarbeiterkapitalbeteiligung*. Düsseldorf. Hans-Böckler-Stiftung.
- SIEGLER, A. (1979). «Der Beteiligungsgedanke im 19. und frühen 20. Jahrhundert und seine Beurteilung durch organisierte Arbeitnehmerschaft». *Die Betriebswirtschaft*, 39, 143-153.

- TZSCHENTKE, D. (2010). *Mitarbeiterbeteiligung und deren Besteuerung in Deutschland, Frankreich und Großbritannien*. Aachen. Shaker.
- WAGNER, K. (2000). «Formen der Mitarbeiterbeteiligung». *Betriebs Berater*, 1, 42-46.

La participación financiera de los trabajadores en Francia, un modelo de participación en los resultados de la empresa

IGONE ALTZELAI ULIONDO

*Profesora Agregada (Contratada Doctora) de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)*

SUMARIO: I. LECTURA HISTÓRICA DE LAS IDEAS DE PARTICIPACIÓN. 1. Desde la Revolución Francesa a la II Guerra Mundial. 2. El contexto político de los gaullistas. 3. Los años 1980 y 1990. 4. A partir de 2000. II. MARCO JURÍDICO ACTUAL. 1. Régimen fiscal y social. 2. Régimen de garantías. III. PARTICIPACIÓN EN RESULTADOS VOLUNTARIA: *INTÉRESSEMENT*. 1. El acuerdo de *Interessement*. 2. La prima de *Interessement*. 3. Régimen fiscal y social. IV. PARTICIPACIÓN EN RESULTADOS OBLIGATORIA: *PARTICIPATION*. 1. El acuerdo de *Participation*. 2. La prima de *Participation*. 3. Régimen fiscal y social. V. PLANES DE AHORRO: *ÉPARGNE SALARIALE*. 1. Plan d'épargne entreprise (PEE). 2. Plan d'épargne pour la retraite collectif (PERCO). 3. *Compte épargne-temps* (CET). VI. CONCLUSIONES. Bibliografía.

RESUMEN: Francia es uno de los países pioneros en materia de participación financiera de los trabajadores en la empresa. Actualmente dispone de un sistema que comprende una serie de formas institucionalizadas entre las que destacan las de participación en resultados, que pueden revestir carácter obligatorio o voluntario. Estos sistemas, a su vez, se combinan con planes de ahorro a corto plazo y a largo plazo, sirviendo estos últimos como planes de ahorro para la jubilación. Estas fórmulas que cuentan con importantes incentivos fiscales y sociales gozan de una fuerte implantación en la sociedad.

También se contemplan fórmulas de participación de los trabajadores en el capital de la empresa. Pero tanto las opciones de compra de acciones, utilizadas principalmente como compensación a los ejecutivos, como la distribución de acciones a los empleados resultan estadísticamente insignificantes, por lo que dedicaremos nuestro trabajo a los dispositivos de participación de los trabajadores en los resultados de la empresa.

Palabras-clave: Empresa, participación financiera, participación en resultados, planes de ahorro, Francia.

I. LECTURA HISTÓRICA DE LAS IDEAS DE PARTICIPACIÓN

Los mecanismos de participación financiera de los trabajadores que encontramos actualmente en Francia son el resultado de una larga evolución histórica y política. En ella se observan diversas etapas definidas por algunos hechos históricos relevantes, especialmente por las dos guerras mundiales, pero también por las corrientes ideológicas y los partidos políticos y, sobre todo, por el propio modelo de Estado francés, fuertemente centralizado que ha desempeñado un rol destacado en la implantación de estos mecanismos.

1. Desde la Revolución Francesa a la II Guerra Mundial

Se afirma con frecuencia que Francia es la madre patria de las ideas sobre participación de los trabajadores en la empresa. No se trata aquí de averiguar cuál fue el primer país en implantar un modelo de participación, pero se dice que fue Turgot quien hacia 1775 comenzó con estas ideas y unos años más tarde se puso en marcha el primer apoyo financiero público a la participación en Francia. No obstante, los movimientos más relevantes comenzaron a desarrollarse en la segunda mitad del siglo XIX, en un contexto marcado por pensadores del socialismo asociacionista y del cooperativismo agrupados en torno a la Escuela de Nîmes, creada en oposición a la Escuela de Manchester de ideología liberal (Aubert, Hernández & Hollandts, 2017). Su pensamiento no era únicamente el de asociar los salarios de los trabajadores a los resultados y a la vida de la empresa sino, más bien, el de permitir que éstos asumieran colectivamente la marcha de los negocios, con un espíritu cooperativo y una organización de esencia democrática. En su opinión, el fin último de la participación de los trabajadores era el de hacerse con la propiedad de la empresa y el dominio del destino colectivo de sus miembros.

En 1848 la Asamblea Nacional francesa asignó la cantidad de tres millones de francos para conceder préstamos a empresas cuyos trabajadores participaran en ella aportando material. En este tiempo se hicieron esfuerzos no sólo por parte de las instancias estatales, sino también desde el ámbito privado como en el caso de la *Société pour l'étude de la participation aux bénéfices*¹. Entre sus diversas iniciativas destaca la elaboración de estadísticas con-

¹ Creada en 1879, su *Bulletin* era una publicación que contenía reflexiones, noticias, comunicaciones, avisos, reglamentaciones, etc., acerca de la participación.

tinuadas acerca de la participación de los trabajadores, así como la primera propuesta legislativa (en 1884) sobre un modelo de participación en los resultados obligatoria que fue categóricamente rechazada por la Asamblea Nacional.

Más prometedores fueron los inicios del siglo XX, con la aprobación el 18 de diciembre de 1915 de la ley por la que se creó la figura de la *Société Coopérative Ouvrière de Production* (SCOP, actualmente *Société Coopérative et Participative*)², completada en 1917 con la llamada *Loi Briand*, que regulaba la adquisición voluntaria de capital por parte de los trabajadores, dando así lugar a una nueva forma jurídica de sociedad por acciones, la *Société à Participation Ouvrière* (SAPO). Su particularidad consistía en que junto al capital suscrito mediante las correspondientes acciones se tenían que emitir unas acciones de trabajo, gestionadas en régimen de propiedad colectiva, a través de una sociedad cooperativa de trabajo asociado propietaria de dichas acciones.

Estas leyes tuvieron una aplicación práctica muy limitada en la época³, en un período difícil de entreguerras, aunque paralelamente surgieron movimientos en torno al accionariado obrero con el fin de generalizar una mayor conexión entre los salarios y los potenciales beneficios de la empresa. En este contexto, cabe señalar las corrientes de cristianos reformistas que se centraron en avanzar en las reflexiones sobre la participación de los asalariados⁴ (Chantriot, 2014). Así, las ideas sobre la implicación de los trabajadores en la empresa experimentaron un desarrollo importante pero, a pesar de las expectativas, su aplicación práctica fue muy reduci-

² Las dos formas jurídicas de *Sociétés Coopératives et Participatives* son: la *Société Coopérative Ouvrière de Production* (SCOP) y la *Société Collective d'Intérêt Collective* (SCIC). Jurídicamente una SCOP es una sociedad cooperativa con forma jurídica de *Société Anonyme* (SA), de *Société Anonyme à Responsabilité Limitée* (SARL) o de *Société par Actions Simplifiée* (SAS). En una SCOP, la mayoría de los socios son asalariados y detentan al menos el 51% del capital social y el 65% de los derechos de voto. En una SCIC, los socios pueden ser de diversa naturaleza, tanto asalariados como cualquier otra persona que desee implicarse en el proyecto de la misma (clientes, voluntarios, colectividades territoriales, etc.).

³ El número de empresas con participación de trabajadores en 1891 era de 84 y de 200 en 1922.

⁴ En palabras de Marc Sangnier, militante e impulsor del cristianismo democrático y social: «*on ne peut avoir la république dans la société tant qu'on a la monarchie dans l'entreprise*».

da⁵. La mayoría de empresarios y trabajadores franceses de la época no reconocían estos principios propagados por líderes políticos, asociaciones privadas y estudiosos (Tzschentke, 2010).

2. *El contexto político de los gaullistas*

Tras la segunda guerra mundial, en la década de 1950, la participación de los trabajadores en la empresa copó el debate público en Francia, donde las corrientes gaullistas influenciadas por la doctrina social de la iglesia desempeñaron un papel destacado. El general De Gaulle y su entorno (el partido político *Rassemblement du Peuple Français*, RPF), desarrollaron una visión de la participación entendida como la intervención de los asalariados en los resultados, en el capital y en la gestión de la empresa. En un contexto de postguerra, sus ideas sobre lo que definieron como la *association du travail et du capital*, tenían el objetivo de anular la lucha de clases. Proponían que los trabajadores participaran en la empresa a fin de evitar conflictos en su seno y presentaban la participación en los resultados como un paso intermedio para la consecución de esos otros objetivos finales: la participación de los trabajadores en el capital y en la gestión de la empresa. Aún antes de llegar al gobierno, impulsaron algunas iniciativas legislativas fallidas, la cuales tuvieron un alcance muy limitado, ya que toparon con la hostilidad tanto de la patronal como de los trabajadores y de los sindicatos.

Bajo la presidencia de De Gaulle, a pesar de la oposición de empresarios y sindicatos, se adoptó la *Ordonnance* de 7.1.1959⁶ sobre el reparto de resultados denominado *Intéressement*, con el objeto de distribuir periódicamente a los trabajadores primas en efectivo relacionadas directamente con los resultados, la productividad o algún otro indicador, aunque la ordenanza no proporcionaba ninguna fórmula para ello, sino que lo relegaba a la negociación entre las partes. Éste fue el primer dispositivo institucional de participación del ordenamiento francés, el cual sigue formando parte importante del actual sistema, un dispositivo de reparto de resultados de carácter voluntario.

⁵ En 1945 la empresa Renault ya implantó la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa, *vid.* Informe PEPPER (1991), p. 66.

⁶ *Ordonnance n° 59-126 du 7 janvier 1959 tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise*, *Journal Officiel de la République Française (JORF)* de 9 janvier 1959, p. 641.

Durante los años 1960 se continuó con el debate sobre el tema, especialmente sobre la cuestión de la participación en los resultados del crecimiento empresarial (*participation aux fruits de l'expansion*), como punto de partida para el establecimiento de una «tercera vía» propuesta por De Gaulle. Así se abordó, según sus palabras, «la gran reforma del siglo» y se aprobó, sin negociar con los agentes sociales, la *Ordonnance* de 17.8.1967 relativa a la *Participation*⁷ en los resultados del crecimiento, obligatoria para las empresas de más de 100 trabajadores (desde 1990, para las empresas de más de 50 trabajadores). Puede afirmarse que ello supuso un cambio radical en los fundamentos jurídicos de la economía de mercado, debido a su objetivo principalmente redistributivo de permitir a los trabajadores tener parte en las ganancias del crecimiento empresarial. La *Participation* constituye una forma de reparto diferido de los resultados de la empresa (Uvalic, 1995) y consiste en asignar una parte de ellos a un fondo especial de participación, que se congela durante los siguientes tres a cinco años y se utiliza para distintos tipos de inversión en beneficio de los trabajadores. Así pues, con este objetivo de carácter redistributivo, de reparto de las ganancias del crecimiento empresarial, la *Participation* se separa del mecanismo de *Intéressement* concebido anteriormente como un sistema de reparto de los beneficios en efectivo, cuyo objetivo fundamental era el de incrementar la productividad laboral.

Por lo que respecta a la implantación efectiva de estos dispositivos, debe señalarse que, a pesar de la actitud positiva del gobierno, concitaron una fuerte oposición tanto de empleadores como de sindicatos, especialmente del sindicato más importante en Francia, la *Confédération Générale du Travail* (CGT), en este caso, por considerarlos como una forma de desactivar las reivindicaciones de los trabajadores. Hasta 1966 se autorizaron acuerdos voluntarios de *Intéressement* en 202 empresas, lo que involucraba alrededor de 104.000 trabajadores (Marquer, 2005). Pero, con la *Participation* obligatoria, para finales de 1979 ya se firmaron 10.345 acuerdos de este tipo beneficiando a 5 millones de asalariados en unas 12.000 empresas. No obstante, si bien la influencia de los gaullistas se tradujo en una difusión importante de los mecanismos de participación financiera y se sentaron las bases del sistema de ahorro salarial que conocemos actualmente, debe reconocerse que no permitió avanzar en el terreno de la participación de los

⁷ *Ordonnance n°67-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises*, JORF de 18 de agosto de 1967 p. 8288.

trabajadores en la gestión y la gobernanza de la empresa, a pesar de figurar ésta como elemento central de su proyecto.

A través del apoyo a los planes de ahorro para los trabajadores y los beneficios fiscales de los años 1970 a la participación accionarial se completó la estructura básica del sistema francés existente hoy día y que desde sus inicios ha contado con importantes incentivos fiscales. En ese momento se dejó de lado la reforma de la ley de la *Société anonyme à participation ouvrière* que, por su particular condición, fue calificada de sociedad especial⁸. Por otra parte, si bien los trabajadores franceses no habían tomado mucha conciencia acerca de la participación en la empresa, también es cierto que sí lo hicieron con los disturbios de mayo de 1968.

3. Los años 1980 y 1990

Implantada ya legalmente la *Participation* obligatoria en las empresas con más de cien empleados, se había alcanzado una parte importante de los objetivos previstos por las diversas medidas gubernamentales relativas a la participación de los trabajadores en la empresa. Sin embargo, en materia de participación en el capital, los resultados fueron mucho menos exitosos y en este período legislativo se intensificaron los incentivos para ello.

Se procedió a mejorar y a armonizar las normas sobre *Intéressement* y *Participation* y sus incentivos⁹, tratando de combinar estos instrumentos de participación financiera con unos planes de ahorro en el ámbito de la empresa que, además, pudieran contribuir a consolidar la participación en el capital. De este modo comenzó el despegue del ahorro salarial (*Épargne Salariale*) (Aubert, Hernández & Hollandts, 2017). El *Intéressement* y la *Participation* fueron las figuras más activamente impulsadas por el gobierno francés, pero también se promovieron otros sistemas de participación de los trabajadores en la empresa, algunas formas de propiedad de accio-

⁸ Loi n° 77-748 du 8 juillet 1977 relative aux sociétés anonymes à participation ouvrière, de reforma de la ley Briand (Loi du 26 avril 1917 sur les sociétés anonymes à participation ouvrière, JORF n° 0115 de 28.4.1917).

⁹ El Gobierno de Chirac aprobó la Ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés y la Ordonnance n° 86-1135 du 21 octobre 1986 modifiant la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales afin d'offrir aux sociétés anonymes la faculté d'introduire dans leurs statuts des dispositions prévoyant que des représentants du personnel salarié siègeront avec voix délibérative au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

nes¹⁰, las opciones sobre acciones¹¹, la adquisición de empresas por parte de los trabajadores¹² y los fondos específicos de inversión de la empresa (1984). A ello hay que añadir el amplio programa de privatizaciones que se llevó a cabo en esa época, acompañado de especiales medidas legales para incentivar las adquisiciones de empresas por parte de los trabajadores y de sus directivos (*employee buy-outs*, *management buy-outs*)¹³, lo que contribuyó asimismo a conectar el *Épargne salariale* con el accionariado asalariado.

En 1990¹⁴ se fijó un nuevo umbral para la *Participation*, que pasó a ser obligatoria para las empresas de 50 y más trabajadores. Entre 1993-1994, la participación financiera fue objeto de una ulterior reforma relativa de las condiciones legales. También se revisaron los incentivos fiscales, especialmente los relativos a las inversiones realizadas a través de los planes de ahorro empresarial (*Épargne salariale*) con las aportaciones derivadas de la distribución de beneficios, aunque también se seguía tratando de promover las fórmulas de participación de los trabajadores en el capital¹⁵.

¹⁰ Vid. *Loi n° 73-1196 du 27 décembre 1973 relative à la souscription ou à l'acquisition d'actions de sociétés par leurs salariés* (modificada en 1980), tras posteriores modificaciones, actualmente en vigor y *Loi n° 80-834 du 24 octobre 1980 relative à distribution d'actions en faveur des salariés des entreprises industrielles et commerciales*. Ésta introdujo un mecanismo para incentivar a las empresas a distribuir gratuitamente acciones entre sus empleados (hasta un 3% de su capital), un sistema facultativo en que las empresas recibían del Estado un crédito equivalente al 65% del valor de dichas acciones a devolver en 10 años con un interés.

¹¹ *Loi n° 70-1322 du 31 décembre 1970 relative à l'ouverture d'options de souscription ou d'achat d'actions au bénéfice du personnel des sociétés*, modificada en los 1980 (en 1984, 1985 y 1987) y en ulteriores ocasiones, sigue estando en vigor.

¹² *Loi n° 80-834 du 24 octobre 1980 créant une distribution d'actions en faveur des salariés des entreprises industrielles et commerciales*, también en vigor, contempla una fórmula que ya fue regulada en 1917.

¹³ La *loi n° 84-578 du 9 juillet 1984 sur le développement de l'initiative économique* JORF de 11.7.1984, p. 2233 ss., instituye la denominada *reprise de l'entreprise par ses salariés* (RES), introduce en Francia la técnica conocida como *Leverage Management Buy Out* (LMBO) acompañada de fuertes incentivos fiscales. La ley permite a los asalariados realizar la adquisición de su empresa mediante la intermediación de una sociedad holding creada a tal fin en la que se convierten en accionistas.

¹⁴ *Loi n° 90-1002 du 7 novembre 1990, modifiant l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés*.

¹⁵ Un ejemplo de cómo se consolidó en Francia la legislación sobre la participación de los trabajadores en el capital es el de la *La loi n° 94-640 du 25 juillet 1994, relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise*, JORF de 27.7.1994. En virtud de la misma, en las empresas en que las acciones que representaran al

No obstante, las medidas públicas de impulso apuntaban claramente más hacia instrumentos de ahorro e inversión a largo plazo, hacia fórmulas de acumulación de activos para los trabajadores (Tzschentke, 2010). Desde sus inicios, las organizaciones patronales mostraron una actitud positiva hacia el ahorro salarial, apoyado también por los partidos políticos y las principales organizaciones sindicales, lo cual fue posteriormente validado por el Informe PEPPER (Comisión Europea, 1991) y la Recomendación del Consejo de la UE (1992).

En otro orden de cosas, cabe señalar que en 1980 se creó la institución privada *FONDACT*, una asociación que adquirió rápidamente un papel importante en el desarrollo de la participación, comparable a la que tuvo cien años atrás la *Société pour l'étude pratique de la participation aux bénéfices*. En 1996 se fusionó con otras tres asociaciones privadas¹⁶ formando así una institución sumamente influyente en Francia. Asimismo, gracias a su iniciativa se creó la *International Association for Financial Participation* agrupando asociaciones homólogas de diez países (Australia, Bélgica, Alemania, Francia, Reino Unido, Irlanda, Japón, Países Bajos, Noruega, EEUU).

4. A partir de 2000

En general, puede decirse que, a partir de los años 1980, los textos normativos sobre la participación de los trabajadores en la empresa en Francia tuvieron un carácter esencialmente técnico, sin ánimo de transformación, y que los sucesivos gobiernos mantuvieron básicamente los mismos mecanismos de participación financiera. En el año 2000, el llamado *Informe Balligand-De Foucault* reclamó la necesidad de difundir estos mecanismos entre las PYME, subrayando las ventajas que para estas empresas puede reportar el hecho de sumar accionariado asalariado en su capital. Con el ministro de finanzas Fabius, se inició un proceso de modernización del sistema voluntario de participación con el objetivo de llegar a los trabajadores de las PYME.

menos el 5% del capital estuvieran en manos de los empleados, éstos podían proponer a la junta general someter a votación el nombramiento de un integrante del consejo de administración.

¹⁶ La *Association Française pour la Participation dans l'Entreprise*, la *Association pour l'Actionnariat de Responsabilité des Salariés* y el *Comité Hyacinthe Dubreuil*.

En 2001 se aprobó la ley sobre el ahorro salarial¹⁷, no exenta de controversia tanto en las filas de los interlocutores sociales como dentro del propio gobierno. La irrupción de los fondos de pensiones, que representaban unos instrumentos de ahorro salarial orientados a largo plazo, fue especialmente objeto de fuertes críticas por parte de los sindicatos. En su opinión, la participación financiera debía de llevarse a cabo sobre la base de un desarrollo del ahorro salarial en el marco de la negociación colectiva.

Poco a poco, tanto en el plano político como en el de los interlocutores sociales, fue calando cada vez más el concepto de «ahorro salarial» (*Épargne salariale*) hasta el punto de llegar a reemplazar al de «participación financiera». En opinión de algunos (Aubert, Hernández & Hollandts, 2017), este desplazamiento semántico es la consecuencia de haber concebido la difusión de los dispositivos de participación financiera de los trabajadores fuertemente vinculados al ahorro salarial y a unos importantes incentivos fiscales. Esto no sucedió, en cambio, con los incentivos especiales para adquirir capital de la empresa por parte de los empleados o de sus directivos (*employee buy-outs* y *management buy-outs*), que fueron quedando relegados. Aunque también es cierto que, con la ley de presupuestos de 2005, se introdujo el mecanismo de la atribución gratuita de acciones, como un mecanismo no sustitutivo sino complementario al de *stock options* con que contaban únicamente las empresas hasta entonces (Guillot-Soulez, 2013).

Según los estudios de algunos analistas, ese desplazamiento semántico ha hecho que la conexión entre la participación de los trabajadores en la empresa y la gobernanza haya llegado prácticamente a desaparecer. Así se desprende, al menos, de los debates parlamentarios¹⁸, donde actualmente predominan otros bloques temáticos en la agenda política como la remuneración y el reparto de beneficios, el ahorro y el las inversiones de los trabajadores, los mercados financieros, etc. Ello nos da una idea de que el interés sobre los mecanismos de participación financiera se ha circunscrito a una dimensión esencialmente técnico-financiera, obviando en gran medida el debate sobre la gobernanza, a pesar de que en la actualidad la participación de los asalariados en la estrategia de la empresa es objeto de un amplio consenso en la opinión pública (Azurero, 2015). Incluso el mo-

¹⁷ Loi n° 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale, JORF de 20.02.2001, p. 1058 ss.

¹⁸ Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social; Loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail y Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

vimiento sindical que antes veía la *codétermination* (cogestión) con recelo, por implicar la colaboración de la clase trabajadora, comienza a observarla como un potencial medio de lucha contra la desindustrialización, los despidos masivos, la deslocalización, etc. (Beffa & Clerc, 2013; Benhamou, 2014).

Finalmente, en este contexto, ha irrumpido la llamada *Loi Macron*¹⁹ (2015) que, con el fin de dar un nuevo impulso tanto a la participación de los trabajadores en los resultados de la empresa como al accionariado asalariado, ha introducido algunos cambios significativos inspirados en el Informe COPIESAS (2014) en materia de *Intéressement*, *Participation*, planes de ahorro de empresa, planes pensiones y atribución gratuita de acciones que, en principio, han tenido una buena acogida (Lieutier, 2015) a la espera de ver su efectiva aplicación y difusión.

II. MARCO JURÍDICO ACTUAL

Francia presenta un marco jurídico para la participación financiera de los trabajadores en la empresa fuertemente centrado en mecanismos de participación en los resultados, *Intéressement* y *Participation*, a los que vamos a dedicar este trabajo. Los dos son dispositivos que se negocian entre la empresa y los asalariados y se conectan con diversos tipos de planes de ahorro (*Épargne salariale*), con planes de empresa a corto o medio plazo (*Plan d'épargne d'entreprise*, PEE; *Plan d'épargne du group*, PEG; *Plan d'épargne interentreprises* PEI) o con planes a largo plazo, planes de pensiones (*Plan d'épargne pour la retraite collective*, PERCO), permitiendo a los trabajadores acumular un capital productivo, ya sea para su jubilación o como régimen complementario de previsión. Las sumas percibidas por los trabajadores también pueden destinarse a una cuenta en la que se van acumulando días de descanso remunerados (*Compte épargne-temps* CET). Todos estos dispositivos se integran en el ámbito del Derecho del trabajo (*Code du Travail*).

El otro tipo importante de participación financiera es el que asocia los asalariados con el capital de la empresa, los *plans d'options sur actions* (de carácter individual) y los de *Actionnariat salarié* (de carácter colectivo), entre las que se distinguen las ofertas reservadas a los asalariados (*Offre Réservée*

¹⁹ *Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, JORF n°0181 du 7 août 2015.

aux Salariées, ORS) y los planes de atribución gratuita de acciones (*Plan d'Atribution Gratuit d'Actions*, PAGA), regulados en el *Code de commerce*.

Debe señalarse que todos estos instrumentos no tienen vacación de suplantarse al salario (Mabile, 1998; Delahaie & Duhautois, 2013; Moizard, 2014). No pueden sustituir a ningún elemento de la remuneración obligatoria de los trabajadores o que esté en vigor en la empresa. La regla de no sustitución es un principio fundamental²⁰. El empleador no puede, por ejemplo, concluir un acuerdo de *Intéressement* o de *Participation* con los asalariados y simultáneamente suprimirles una prima o cualquier otro elemento del salario²¹. Pero ello no significa que estos dispositivos no tengan incidencia en la evolución de la política de remuneración de la empresa (MEDEF, 2015). De hecho, respetando el plazo de doce meses, es posible transformar un elemento de la remuneración salarial en prima de *Intéressement* vinculado a un acuerdo.

El objeto de estos dispositivos es el de reforzar las relaciones entre el asalariado y la empresa (Ministère du Travail, 2014), añadiendo al salario una participación en los resultados y en el incremento del valor de la empresa. Asimismo contribuyen a favorecer el clima social y el diálogo social (Stévenot & Guery, 2013), ya que su puesta en marcha descansa básicamente sobre unos acuerdos negociados. Si la empresa dispone de delegados sindicales o de una comité de empresa, el dispositivo de participación y el consiguiente plan de ahorro salarial deben ser negociados con ellos. Solamente en caso de que fallen las negociaciones es posible una implantación unilateral o supletoria prevista legalmente. De este modo se facilita su acceso a las empresas de menor tamaño que no disponen de instituciones de representación de los trabajadores.

Estos dispositivos tienen carácter colectivo y ningún trabajador puede ser excluido de ellos, aunque se permite exigir un requisito de antigüedad, muy limitado, de no más de tres meses (art. L3342-1 *Code du Travail*). A su vez, este carácter colectivo permite a los empleados generar un ahorro salarial duradero en el marco de la empresa. La reglamentación del plan de ahorro salarial puede contemplar la posibilidad de adquirir títulos emitidos por sociedades de inversión de capital variable (SICAV) o participaciones de fondos comunes de inversión de empresa (*Fonds commun*

²⁰ *Cour de Cassation, Chambre Sociale, 9 octobre 2001, 98-43.949.*

²¹ *Vid. Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, del Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, Ministre de la santé et des solidarités y el Ministre délégué au budget et à la réforme de l'Etat,*

de placement d'entreprise, FCPE) cuyos activos están compuestos de valores mobiliarios admitidos a cotización en un mercado regulado, o de fondos solidarios.

En cierta forma, el ahorro salarial es también un vector de desarrollo del accionariado asalariado. Favorece la representación de los asalariados accionistas en el seno de los consejos de administración o de los consejos de vigilancia de las empresas. Los representantes de los accionistas asalariados están presentes en los consejos de vigilancia de los fondos comunes de inversión (FCPE). Esta representación trata de garantizar a los asalariados tener un mayor grado de información y un control efectivo de la gestión financiera, administrativa y contable de sus fondos. Pero no está exenta de dificultades y problemas (Bourdeau, 2014), especialmente los problemas inherentes a los derechos de voto de los asalariados que participan en un FCPE, dado que ejercitan su derecho a través de un representante.

1. Régimen fiscal y social

Todas estos instrumentos de participación y de ahorro o inversión tienen implicaciones de orden fiscal y social que se recogen en el *Code général des impôts* y en el *Code de la sécurité sociale*, respectivamente (Asquinazi-Bailleux 2014). En el ámbito fiscal, se prevén importantes incentivos tanto para las empresas como para los trabajadores, aunque limitados con unas cuantías o tipos máximos.

Para las empresas, los resultados distribuidos entre los trabajadores se equiparan a los costes de personal ordinarios y son deducibles, dentro de un límite, del impuesto que grava los beneficios en cada caso, ya sea el impuesto de sociedades, cuyo tipo medio se sitúa en el 33,3%²², el impuesto sobre la nómina (en caso de que se trate de empresas cuya actividad no está sujeta al IVA) o el impuesto sobre la renta de las personas físicas²³.

²² Artículo 219 *Code Général des Impôts* (Modificado por la *Loi n° 2016-1918 du 19 décembre 2016*). Ése es el tipo general, aunque se prevén tipos reducidos del 25% y del 19% para determinados supuestos. En las PYME con un volumen de negocios inferior a 7.630.000 €, los primeros 38.120 € tributan al 15% y el resto al 33,3%. Para las empresas con un volumen de negocios superior a 7.630.000 € el tipo es del 33,3%, más el 3,3% de contribución de seguridad social, si el monto imponible excede 763.000 €. Para las empresas con ingresos superiores a 250 millones €, hay un recargo del 10,7% en el impuesto de sociedades.

²³ *Code Général des Impôts*, Article 1 A (introducido por la *Loi 2005-1719 2005-12-30 art. 74 I Finances pour 2006 JORF 31 décembre 2005*) y artículos 156 a 168.

Asimismo se prevé un crédito fiscal para las empresas que por primera vez concluyan acuerdos de participación de los trabajadores o para las que renueven los acuerdo que ya tenían.

Para los trabajadores, el régimen aplicable es diferente dependiendo de si deciden disponer inmediatamente de la prima o prefieren invertirla en un plan de ahorro (PEE, PEG, PEI, PERCO). En el primer caso, la prima percibida está sujeta al impuesto sobre la renta. En el segundo, en cambio, está exonerada hasta un determinado límite: el 50% del máximo anual de la Seguridad Social (*Plafond Annuel de la Sécurité Sociale*, PASS) que fija anualmente el gobierno (el 50% del PASS para 2017 es de 19.614 €). Las cantidades que puedan percibir por encima de esos límites tributan como una distribución de dividendos ordinaria, como rendimientos de capital. En relación con este impuesto, debe señalarse que en Francia no se aplica retención alguna, pero el empleador debe comunicar a la administración tributaria las cantidades abonadas al trabajador a través del denominado *bulletin de salaire* o *fiche de paie*.

En el ámbito de la Seguridad Social, el planteamiento es distinto (art. L242-1 *Code de la Sécurité Sociale*). Como las sumas percibidas por el trabajador en virtud de del *Intéressement* y la *Participation* no tienen carácter de remuneración, no conforman un elemento integrante del salario (art. L441-4 *Code du Travail*), no generan obligación de abonar ninguno de los conceptos pagaderos a la Seguridad Social²⁴ (crítico con el sistema, entre otros, Zemmour, 2015). Ése es el motivo por el que las cotizaciones sociales, tanto salariales como patronales, no forman parte de los incentivos para impulsar los dispositivos de participación. No obstante en el ámbito social existen algunos gravámenes especiales y éstos sí operan como incentivos en algunos casos.

Entre estos gravámenes, desde 2009, para las empresas está el *forfait social* o «paquete social», una contribución patronal con un tipo general del 20%²⁵ que grava las cantidades satisfechas a los trabajadores no sujetas a cotización de la seguridad social, entre las que se incluyen las derivadas del *Intéressement* y la *Participation*. Aquí, a modo de incentivo se contemplan al-

²⁴ Hay una excepción, están sujetas a las cotizaciones de la seguridad social las cantidades vertidas a las cuentas de ahorro de tiempo de descanso.

²⁵ Empezó siendo del 2%, pasó al 4% en 2010, al 6% en 2011, al 8% en 2012, pero en julio de ese año se elevó al 20%, atendiendo a una recomendación de la *Cour des Comptes*. Vid. la Ley de financiación de la seguridad social de 2012 y la *Loi n° 2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificatives pour 2012*.

gunas excepciones y supuestos con un tipo reducido. Por ejemplo, quedan excluidas determinadas cantidades que pueden percibir los trabajadores en concepto de indemnización por extinción del contrato de trabajo o las atribuciones de *stock options* o de acciones gratuitas. Entre los casos de *forfait social* reducido, están el del 16% para las aportaciones a los planes de pensiones (PERCO)²⁶ y el del 8% para las aportaciones a la reserva especial de *Participation* en las sociedades cooperativas y participativas²⁷, entre otros²⁸.

Para los trabajadores, con carácter general, es obligatorio abonar la *Contribution Sociale Généralisée* (CSG)²⁹, creada para financiar la protección social, y la *Contribution au Remboursement de la Dette Sociale* (CRDS)³⁰, creada

²⁶ Artículos L137-16 y D137-1 *Code de la Sécurité Sociale*, y la *Instruction* n° 2016-45 de 18.02.2016 (QR n° 33-39).

²⁷ Artículos L137-15 y D137-16 *Code de la Sécurité Sociale* y *Circulaire* DSS/5B/2012/319 de 18.08.2012.

²⁸ La *Loi Macron* (2015) estipula nuevos supuestos de tipo reducido como el previsto para las empresas de menos de 50 trabajadores que implanten por primera vez un plan de ahorro salarial, un tipo reducido del 8% durante 6 años.

²⁹ Creada en 1991, es un impuesto que afecta no sólo a los rendimientos de trabajo, sino al conjunto de rendimientos de los residentes en Francia, incluyendo así los rendimientos de capital y los rendimientos patrimoniales (arts. L136-1 ss. *Code de la Sécurité Sociale*). Su finalidad es diversificar las fuentes de financiación de la protección social, que antes reposaban esencialmente sobre las cotizaciones sociales, debido a que la asistencia de la Seguridad Social está generalizada a todos los residentes en Francia. Inicialmente se fijó en el 1,1 %, pasando al 2,4 % en 1993, al 3,4 % en 1996 y al 7,5 % en 1998, para rendimientos de trabajo y asimilados. Se contemplan tipos reducidos: 6,6% para pensiones de jubilación y prejubilación; 6,2% para rendimientos sustitutivos (indemnizaciones por desempleo y subsidios por enfermedad); 8,2 % para rendimientos de patrimonio e inversiones (rentas a largo plazo, plusvalías, etc.). En: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2971>.

³⁰ *Ibid.* Creada en 1996 para resolver el endeudamiento de la Seguridad Social, está afecta a la *Caisse d'amortissement de la dette sociale* (CADES) y tiene por objeto sufragar la deuda de los organismos de la Seguridad Social para 2025. Son contribuyentes todas las personas físicas domiciliadas en Francia. El tipo impositivo es único, fijado desde 1996 en el 0,5% de los ingresos brutos, cualquier que sea la naturaleza del ingreso. Su ámbito de aplicación es más amplio que el de la *Contribution sociale généralisée* (CSG). Si bien, al igual que la CSG, incluye los rendimientos por actividad, rendimientos sustitutivos (indemnizaciones por desempleo y subsidios por enfermedad), rendimientos de patrimonio y de inversión, engloba asimismo las prestaciones familiares, las ayudas a la vivienda, así como las ventas de metales preciosos y objetos de arte, que no están sometidos a la CSG. A modo ilustrativo,

para resolver el endeudamiento de la Seguridad Social. Actualmente el tipo general de la CSG es el 7,5% y el tipo de la CRDS es el 0,5%. En estas contribuciones también se prevén algunas excepciones a modo de incentivo, como veremos más adelante (Crítico Zemmour 2013).

Todas estas contribuciones sociales, tanto para el empleador como para el trabajador, constituyen el principal recurso para la financiación de la protección social en Francia³¹ (Ruesga Benito, Suárez Corujo & Gómez Sánchez, 2017).

2. Régimen de garantías

En Francia, todo empleador de derecho privado, cualquiera que sea su status jurídico, está sujeto a un régimen de garantía que gestiona la *Association pour la gestión du régime d'assurance des créances des salariés* (AGS). Está obligado a suscribir a un seguro contra el riesgo de impago de las sumas adeudadas a los asalariados en virtud del contrato de trabajo. Esta garantía se financia a través de una cotización patronal (art. L3253-6 *Code du Travail*) y la *Association pour la gestión du régime d'assurance des créances des salariés* interviene subsidiariamente, en caso de que dichos créditos no puedan ser abonados con los fondos de la empresa. La garantía abarca las sumas adeudadas a los trabajadores, ya sean salarios, remuneraciones accesorias, indemnizaciones (vg. por extinción del contrato de trabajo, por accidente de trabajo o enfermedad profesional) y también las sumas adeudadas por el *Intéressement* y la *Participation* (art. L3253-6 *Code du Travail*). Entre ellas se incluyen asimismo las sumas aportadas por los asalariados a los planes de empresa (PEE, PEG o PEI) que sean indisponibles por cinco años y se hayan invertido en títulos de la empresa.

diremos que en 2013, un punto de CSG reportaba 12,3 mil millones de euros, mientras que un punto de CRDS reportaba 13,3 mil millones.

³¹ Se calcula que la protección social en Francia supuso 728,6 mil millones de euros en 2014. Entre estos recursos se distinguen tres categorías fundamentales: a) las cotizaciones sociales (62% del total de los recursos en 2014), b) los impuestos y tasas (*impôts et taxes affectés*, ITAF, con un 25,1%, entre los que se incluye la *contribution sociale généralisée*, CSG) y c) las contribuciones públicas del Estado y de las colectividades locales (10,2%). *Vid.* La página oficial de la administración francesa: <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/finances-publiques/protection-sociale/financement/quelles-sont-differentes-ressources-protection-sociale.html>.

Pero este régimen de garantías tiene algunas limitaciones que pueden causar el temor de los empleados. Por una parte, la garantía tiene un límite máximo global para el conjunto de reclamaciones del trabajador equivalente a seis veces el límite mensual de las cotizaciones por desempleo (77.232 euros en 2016). Pero ese límite se reduce en función de la antigüedad del contrato de trabajo. Así, es de cinco veces el límite mensual de las cotizaciones por desempleo, para los contratos con antigüedad de seis meses a dos años y de cuatro veces, para los contratos inferiores a seis meses. Por otra parte, hay que añadir que la cobertura de la *Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés* sólo opera en caso de liquidación judicial de la empresa.

Este sistema resulta especialmente peligroso para el ahorro de los asalariados que pueda estar depositado en la empresa en una cuenta corriente bloqueada (*Compte Courant Bloqué*). Esta modalidad de ahorro, cada vez menos utilizada (aunque se utiliza por ejemplo cuando no se alcanza un acuerdo de *Participation*), ha sido calificada de obsoleta y peligrosa, por no estar adaptada a las condiciones de un ahorro a corto, medio o largo plazo, como es el caso de los planes de ahorro salarial (PEE, PEG, PEI o PERCO), con sus inversiones diversificadas y supervisadas por el regulador del plan y por el consejo de vigilancia de los fondos de ahorro salarial (FCPE). De hecho, algunos sectores aconsejan la supresión de la *Compte Courant Bloqué* como modo de gestión de la participación (Institut de la Protection Sociale, 2014).

III. PARTICIPACIÓN EN RESULTADOS VOLUNTARIA: *INTÉRESSEMENT*

El *Intéressement* es el dispositivo de participación de los trabajadores más antiguo que existe en Francia, se instauró en 1959³². Con carácter facultativo, permite a cualquier empresa ponerlo en marcha mediante un acuerdo con los asalariados o sus representantes, siempre que haya atendido debidamente sus obligaciones en materia de representación del personal³³.

³² En virtud de la *Ordonnance n°59-126 du 7 janvier 1959 association ou intéressement des travailleurs a l'entreprise* y modificado en numerosas ocasiones, también por la *Loi Macron* de 2015.

³³ Obligación de elegir delegados de personal, en empresas de más de 10 trabajadores, y de elegir comité de empresa y comité de seguridad, higiene y condiciones de trabajo, en empresas de más de 50 trabajadores. El comité de empresa no

Es un mecanismo que permite asociar los asalariados a mejorar el rendimiento y los resultados de la empresa, por lo que resulta especialmente interesante para responsabilizar a los equipos en torno a un objetivo común de aumento de la competitividad, mejora del rendimiento o de los resultados de la empresa. Por eso se dice que en gran parte constituye un instrumento de gestión, de *management* (MEDEF, 2015). El acuerdo de *Intéressement* no proporciona al trabajador un derecho automático a obtener la prima. Éste se genera si se cumplen los objetivos fijados (vg. aumento de la productividad, disminución de costes ocultos, satisfacción de los clientes, estándares medioambientales, disminución de accidentes laborales, ISO 12001). Por ello la definición de esos objetivos requiere desarrollar un trabajo en común entre la dirección de la empresa y los representantes de los asalariados. Deben acordarse unos indicadores concretos que, de cumplirse, devengarán el derecho al abono de la prima. A tal fin, es preciso establecer unos criterios de cálculo en función de unos progresos identificables, objetivos y medibles.

Las sumas atribuidas a los trabajadores en virtud del *Intéressement* pueden ser inmediatamente disponibles pero éstos pueden decidir, personalmente, destinarlas a un plan de ahorro salarial o a una cuenta de ahorro de tiempo, si es que existe en la empresa. Si bien el *Intéressement* ha conservado ese carácter de mecanismo de *management* (MEDEF, 2015), debe reconocerse que hoy en día pesa mucho la idea de impulsar la creación de una provisión de activos (*Vermögensbildung*) en manos de los trabajadores (Tzschentke, 2010). Ésa es también la idea de la *Loi Macron* (2015) al establecer que, en ausencia de decisión del asalariado, las primas serán destinadas a un plan de ahorro salarial en lugar de abonarlas directamente, como se hacía antes.

Cualquier empresa, cualquiera que sea su ámbito de actividad o su forma jurídica, puede implantar el *Intéressement* de los asalariados mediante un acuerdo sometido a autorización administrativa (art. L3344-1 *Code du Travail*). Esta posibilidad se extiende a las empresas públicas, que están sometidas a las normas comunes de la negociación colectiva, y también a la *Société Anonyme à participation ouvrière* en la que, para el reparto de los beneficios, a los dividendos de las acciones de trabajo se les aplican los mismos descuentos que a los dividendos de las acciones ordinarias. En el

co-gestiona con el empresario pero tiene derecho de información sobre aspectos relevantes de la marcha de la empresa.

marco del *Intéressement* es irrelevante a qué tipo de acciones corresponden los dividendos.

1. El acuerdo de *Intéressement*

Para llevar a cabo este dispositivo de participación, se exige la conclusión de un acuerdo de *Intéressement*, con un contenido mínimo fijado por ley (art. L441-1 *Code du Travail*) referido a: los motivos del acuerdo, su ámbito de aplicación³⁴, la fórmula de cálculo, los medios de información al personal y las condiciones de verificación de la ejecución, la duración (al menos tres años)³⁵, las modalidades de reparto, las fechas de abono de las sumas, la comisión de seguimiento del acuerdo, los procedimientos para regular los litigios que puedan surgir en su aplicación y la revisión del acuerdo.

Corresponde tomar la iniciativa al empleador, puesto que el *Intéressement* es facultativo, contrariamente a la *Participation* que es obligatoria en las empresas con 50 o más empleados. El acuerdo puede concluirse en el marco de un convenio colectivo o acuerdo de sector (nacional o local)³⁶; entre el empleador y los representantes de las organizaciones sindicales representativas en la empresa; en el seno del comité de empresa o a propuesta del empleador con la aprobación por parte de dos tercios de los trabajadores.

El período de referencia para el cálculo del *Intéressement* utilizado más frecuentemente es el del ejercicio económico de la empresa, aunque en el acuerdo puede especificarse cualquier otro. La fórmula de cálculo debe proporcionar la posibilidad de realizar un cálculo exacto, de manera clara y exhaustiva (art. L3314-2 *Code du Travail*). El cálculo no se vincula, por ejemplo, con el volumen de negocios que podría garantizar el abono de las primas sin atender al cumplimiento de los objetivos. Al efecto se prevén dos tipos de cálculo: el *Intéressement aux résultats* y el *Intéressement aux performances*.

³⁴ Incluye a los dirigentes de la empresa (presidentes, directores, gerentes, administradores). Pueden beneficiarse del acuerdo de *Intéressement* en empresas con menos de 250 trabajadores.

³⁵ Con tácita reconducción del acuerdo en caso de ausencia de solicitud de renegociación.

³⁶ También se contempla la posibilidad del *Intéressement de projet*, que permite concluir un acuerdo entre varias empresas implicadas en un proyecto común.

El *Intéressement aux résultats* se calcula sobre unos indicadores que miden la rentabilidad económica y financiera de la empresa, tales como el beneficio fiscal, el beneficio contable o el beneficio de explotación. En cambio, el *Intéressement aux performances* (rendimientos) trata de reflejar la contribución de los asalariados en los rendimientos de la empresa medidos en función de determinados objetivos (de calidad, de seguridad, de satisfacción de la clientela, etc.) o en función de la mejora de la productividad o de otros parámetros, que deben ser cuantificables y verificables. También pueden combinarse ambos sistemas. En cualquier caso, si los resultados de la empresa no alcanzan el umbral fijado en el acuerdo, no hay *Intéressement* y no está permitido calcular un *Intéressement* negativo que vaya a imputarse a los resultados positivos de períodos posteriores (Ministère du Travail, 2014). Sin embargo, bajo determinadas condiciones, sí se permite a la empresa realizar una provisión adicional (*provision pour investissement*) para garantizar ulteriores *Intéressements*.

La ley establece las modalidades de reparto que puede contemplar el acuerdo de *Intéressement* (art. L3314-5 *Code du Travail*). i) El reparto puede ser uniforme y consistir en una misma cantidad determinada para todos. ii) También puede ser proporcional al salario o al tiempo de permanencia o dedicación del trabajador durante el período de cómputo. iii) Asimismo, puede consistir en una combinación de ambos criterios (críticos con las desigualdades que pueden derivarse de las modalidades de reparto: Amar & Pauron, 2013). Por lo general las sumas se abonan anualmente, aunque el abono puede hacerse semestralmente, trimestralmente, incluso mensualmente.

El sistema de información y control, es otro elemento importante. La empresa debe configurar un sistema de información personal a los trabajadores acerca del acuerdo y su seguimiento. También debe precisar las condiciones de información al comité de empresa o a la comisión especializada creada por ley o, en su defecto, a los delegados de personal. Cuando en la empresa no existe comité de empresa ni delegados de personal, la ley prevé la creación de una comisión *ad hoc*, compuesta por representantes de los trabajadores, para asegurarse el seguimiento del acuerdo. Estos representantes verifican los valores de referencia utilizados para realizar el cálculo periódico de la distribución y su exactitud, así como el respeto a las modalidades de reparto previstas por el acuerdo. Para ello pueden solicitar todo tipo de detalles que consideren necesarios e incluso el recurso a un experto contable (art. L2325-35 *Code du Travail*).

El asalariado suele recibir una libreta de ahorro salarial donde se presentan los dispositivos de ahorro salarial que se han implantado en el seno

de la empresa. Los importes que le son abonados en virtud del *Intéressement* deben consignarse en el boletín de pagos (*bulletin de paie*) y en una ficha separada, donde se indica la suma ingresada, los derechos atribuidos, las cantidades relativas a las contribuciones CSG y CRDS y se recuerdan las reglas de cálculo y de reparto previstas en el acuerdo (art. R443-1 *Code du Travail*).

Una vez concluido el acuerdo de *Intéressement* debe ser depositado por los firmantes en las oficinas territoriales correspondientes de la *Direction Départementale du Travail et de l'emploi* del Ministerio de Trabajo (DIRECCTE)³⁷. Aquí se comprueba si el contrato se ajusta a las disposiciones legales. Si es así, gozará de determinadas ventajas fiscales y sociales. Pero si su contenido no se ajusta a la normativa y/o a las cotizaciones sociales a las URSSAF³⁸ se rechazarán esos beneficios.

Finalmente, cuando el trabajador abandona la empresa, recibe un estado de cuentas con las sumas y valores mobiliarios que se le han transferido. Se le indican los activos disponibles y los elementos para obtener su liquidación o transferencia, así como los consignados en un PERCO y las condiciones en que serán disponibles o eventualmente transferidos a otro plan. En este documento debe precisarse asimismo si los costes de gestión y de mantenimiento serán a cargo de la empresa o de él.

En opinión de algunos, actualmente en la implantación del *Intéressement* está adquiriendo especial interés la idea que se desprende del Acuerdo de 1959 y que lo considera como un elemento complementario del salario (Tzschentke, 2010). En este sentido, cabe señalar que en 1994 el legislador amplió su ámbito de aplicación acercándose al concepto de flexibilidad salarial tan discutido en nuestros días, al concebir el *Intéressement* prácticamente como sustitutivo de algunos elementos o componentes del salario,

³⁷ Estos acuerdos se depositan en la DIRECCTE territorial correspondiente al lugar en que han sido concluidos (art. D3313-1 *Code du Travail*).

³⁸ Las URSSAF (*Unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales*) conforman una red de organizaciones privadas con una misión de servicio público, la de recaudar las cotizaciones salariales y patronales destinadas a financiar el régimen de la seguridad social y otros organismos e instituciones (seguro de desempleo, autoridades de transporte, fondos de ayuda a la vivienda, fondos de solidaridad de la tercera edad, régimen complementario de pensiones y de previsión para las/os empleadas/os del hogar, etc.). ACOSS, la Agencia Central de Organismos de Seguridad Social, entidad de carácter público, coordina y centraliza las recaudaciones de las URSSAF y gestiona la tesorería para el conjunto de contingencias cubiertas por el seguro social.

especialmente con el fin de conservar los empleos en períodos coyunturales difíciles.

2. *La prima de Intéressement*

La prima de *Intéressement* en ningún caso puede constituir un elemento del salario. Una vez asignada, el trabajador cuenta con diferentes posibilidades. i) Puede exigir la disponibilidad inmediata del total o de una parte³⁹. ii) También puede, si así lo desea o no solicita el abono inmediato, invertir la prima en un plan de ahorro (PEE, PEG, PEI, PERCO). En este caso estas sumas están exentas del impuesto sobre la renta, si se realiza la inversión en el plazo de 15 días a partir de su recepción (art. L3315-2 y R3332-12 CT). En cualquier caso, el trabajador dispone de la posibilidad de retractarse hasta 31 de diciembre. Las sumas invertidas en los planes de ahorro son disponibles únicamente al finalizar el plazo de bloqueo del plan, es decir, a los cinco años en el caso de los PEE (PEG, PEI) y al llegar a la jubilación en el caso del PERCO, salvo que concurra alguna causa de desbloqueo anticipado aplicable al plan. iii) El trabajador también cuenta con una opción de otra índole y es que puede optar por acumular las cantidades atribuidas en una cuenta de ahorro de tiempo de descanso remunerado.

Desde la *Loi DPAS* (2006)⁴⁰ las empresas pueden añadir a las primas suplementos de *Intéressement* (art. L3314-10 *Code du Travail*). El objetivo del legislador ha sido el de permitir a las empresas aumentar puntualmente las sumas a abonar a los trabajadores, siempre que los beneficios constatados en el ejercicio económico así lo permitan. Depende de una decisión unilateral de la empresa, pero debe respetar el carácter colectivo y el principio de no sustitución propios del *Intéressement*. No obstante hay unos límites máximos para las primas (art. L3314-8 *Code du Travail*). Por una parte, la suma global no puede exceder el 20% del total del salario bruto abonado

³⁹ Si es así, debe solicitarla en un plazo de 15 días a partir de la fecha en la que ha sido informado del montante que se le ha asignado. Las cantidades deben abonarse a más tardar el último día del quinto mes siguiente al cierre del ejercicio económico de la empresa (por ejemplo, el 31 de mayo si el ejercicio se cerró el 31 de diciembre del año anterior). Transcurrido ese plazo el montante de la prima devenga un interés de demora para la empresa, cuyo tipo de interés de fija anualmente por decreto.

⁴⁰ *Loi n° 2006-177 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social.*

al trabajador. Por otra, independientemente de este límite global, hay un límite individual para cada asalariado y es que la prima percibida no puede superar el 50% del máximo anual de la seguridad social (19.614 € en 2017).

El *Intéressement*, dado su carácter de instrumento de gestión, vinculado a alguna medida de rendimiento de la empresa, es compatible con la *Participation* que, por su carácter redistributivo, permite a los trabajadores tener parte en las ganancias del crecimiento, son dos mecanismos de diferente naturaleza. Pero la acumulación de primas en un concepto y en otro no puede sobrepasar los límites establecidos.

3. Régimen fiscal y social

En el ámbito fiscal, los incentivos previstos tanto para las empresas como para los trabajadores están limitados con unas cuantías máximas⁴¹. Para las empresas, los resultados distribuidos en el marco del *Intéressement* son deducibles de la base imponible del impuesto sobre los beneficios que corresponda (impuesto de sociedades o impuesto sobre la renta de las personas físicas)⁴² con un límite: hasta el 20% de los gastos salariales. Asimismo, se prevé un crédito fiscal de hasta un 30% para las empresas que concluyen un acuerdo de *Intéressement* por primera vez o uno nuevo. Este crédito es imputable al impuesto sobre los beneficios del ejercicio económico al que pertenecen las primas de *Intéressement*. En el ámbito social, las cantidades abonadas a los trabajadores están sujetas al *forfait social* con un tipo general del 20% desde 2012.

Para los asalariados, en el plano fiscal, las cantidades percibidas en virtud del *Intéressement* y, en su caso, del suplemento de *Intéressement*, están exentas del impuesto sobre la renta, siempre que no superen el 20% de su salario bruto, para cuyo cálculo se descuentan las contribuciones CSG y CRDS (art. L3314-8 *Code du Travail* y art. 231 *Code Général des Impôts*). En el plano social, tienen la obligación de abonar estas contribuciones sociales por las sumas percibidas en virtud del *Intéressement*: el 7,5% por la contribución social generalizada (CSG) y el 0,5 % por la contribución para el reembolso de la deuda de la seguridad social (CRDS), en 2017.

⁴¹ Artículo L 441-5 y L 441-6 *Code du Travail*.

⁴² O del impuesto sobre los salarios en el caso de que se trate de empresas cuya actividad no está sujeta a IVA.

IV. PARTICIPACIÓN EN RESULTADOS OBLIGATORIA: *PARTICIPATION*

La *participation des salariés aux résultats de l'entreprise* (*Participation*) es otro de los dispositivos de amplia implantación en Francia. Tiene por objeto la redistribución entre los asalariados de una parte de los resultados en cuya obtención han contribuido con su trabajo en la empresa (Ministère du Travail, 2014).

Con carácter general, las empresas (*entreprises* o *unités économiques et sociales*) que empleen habitualmente a 50 o más asalariados en el Estado francés, cualquiera que sea su naturaleza, su actividad y su forma jurídica, tienen la obligación de garantizarles el derecho a participar en sus resultados (siempre que se trate de empresas cuyos beneficios no están exentos de tributación) (arts. L3321-1 ss. y arts. R3322-1 ss. *Code du Travail*). Para las demás empresas la *Participation* tiene carácter facultativo. Su obligatoriedad requiere que se cumplan estas condiciones durante al menos doce meses (consecutivos o no) en los tres últimos ejercicios económicos⁴³. Se ha llegado a decir que la *Participation* entraña así la piedra angular de la economía social de mercado en Francia (Tzschentke, 2010).

Esta obligación es independiente de cualquier otro dispositivo de participación de los trabajadores que se implemente en la empresa. Si bien las normas sobre *Participation* son aplicables a todas las empresas que reúnan las condiciones independientemente de su ámbito de actividad o de su forma jurídica, se hace una excepción con las empresas de nueva creación a las que se les libera de esta obligación en los tres primeros años desde su constitución. También rigen algunas normas especiales de flexibilización para las empresas obligadas que cuentan con un acuerdo de *Intéressement*. Las empresas de menos de 50 trabajadores que no están sujetas a la obligación legal, pueden implantar la *Participation* voluntariamente. En ese caso, para obtener las correspondientes ventajas fiscales y sociales, deberán reunir las condiciones previstas legalmente. Si por el contrario, por circunstancias sobrevenidas desciende el número de asalariados de 50, este dispositivo podrá ser mantenido o suspendido, según lo que se disponga en el acuerdo de *Participation*.

La *Participation* se concibe como un derecho de los trabajadores, de todos aquéllos que tengan un contrato de trabajo, aunque puede exigirse

⁴³ Artículo 158 de la *Loi Macron* (2015), antes se exigían estas condiciones durante seis meses.

una condición de antigüedad de tres meses como máximo. Los dirigentes de la empresa también pueden beneficiarse de ella bajo determinadas condiciones que deben de estar expresamente previstas en el acuerdo de *Participation*.

Las empresas que reúnen las condiciones legales deben concluir un acuerdo en el plazo del año siguiente al cierre del ejercicio económico en que ha llegado a cumplirlas. A falta de acuerdo, lo cual puede ser denunciado por la inspección de trabajo o judicialmente por los trabajadores, se aplica el régimen legal de la *Participation* (art. L3323-5 *Code du Travail*), algo que penaliza tanto a las empresas como a los trabajadores, ya que impide que se negocien determinadas cuestiones relevantes. Así, en estos casos se impone la fórmula legal para calcular la reserva especial de participación; la modalidad de reparto será proporcional al salario; las sumas serán destinadas a cuentas corrientes bloqueadas y remuneradas con un tipo de interés legal previsto semestralmente al efecto; los intereses se devengarán anualmente y las sumas quedarán bloqueadas durante ocho años en lugar de cinco.

1. El acuerdo de *Participation*

El acuerdo de *Participation* puede ser concluido en el marco de un convenio colectivo o un acuerdo de sector, a través de un contrato entre empresa y organizaciones sindicales representativas, en el seno del comité de empresa o bien, a propuesta de la empresa aprobada por los dos tercios de los trabajadores. Una vez concluida, debe ser depositado en la correspondiente oficina territorial de la *Direction Departamentale du Travail et de l'emploi* del Ministerio de Trabajo (DIRECCTE), donde se comprueba su legalidad y el abono de las cotizaciones sociales, para poder valerse de las ventajas fiscales y sociales que correspondan.

Su contenido es similar al del *Intéressement* (arts. L3323-1 y L3323-2, arts. L3324-5, L3324-8, L3324-10 y L3324-12 *Code du Travail*). Debe indicar la entrada en vigor, la fórmula para calcular la reserva especial de *Participation*, la cantidad máxima de la reserva, la duración del bloqueo de las sumas depositadas, las causas de desbloqueo, las condiciones para exigir la disponibilidad inmediata, las condiciones y plazos para que los asalariados decidan el destino de las sumas que les son atribuidas, el régimen aplicable en caso de silencio del trabajador, las modalidades de reparto, las cantidades máximas y la modalidad de gestión de los derechos de los asalariados. A este contenido de carácter imperativo pueden añadirse otras cláusulas facultativas en referencia a la antigüedad exigida a los beneficiarios, la dis-

ponibilidad inmediata de las primas, las condiciones para abandonar la *Participation*, etc.

La *Participation* constituye un sistema que permite a los empleados beneficiarse de los resultados de la empresa a través de la creación de una reserva especial que se genera en función del número de trabajadores y el rendimiento económico de la empresa. El método de cálculo y de reparto de la *réserve spéciale de participation* deben ser especificados en el acuerdo, aunque el *Code du Travail* (art. L3324-1) impone una serie de condiciones y una fórmula de referencia. Es posible aplicar otra, siempre que sea para el asalariado al menos tan favorable como la prevista legalmente y no supere los límites previstos al efecto (*plafonds collectifs*): i) el 50% del beneficio contable; ii) el 50% del beneficio fiscal; iii) el beneficio neto contable menos el 5% de los fondos propios; iv) el beneficio neto fiscal menos el 5% de los fondos propios. La empresa puede solicitar a la autoridad tributaria o al auditor un certificado de su beneficio neto y de sus capitales propios, a fin de evitar reclamaciones.

Al contrario de lo que ocurre en el *Intéressement*, en este cálculo se toman en cuenta los resultados empresariales resultantes después de abonar impuestos y tasas como valor de salida para calcular las cuantías a asignar a los trabajadores. Al beneficio neto se le reduce un 5%, porcentaje que se considera como un retorno adecuado en base a un principio político de equidad⁴⁴. Este beneficio neto reducido se multiplica por $\frac{1}{2}$ ⁴⁵ y por los fondos propios de la empresa (*capitaux propres*). Asimismo se tienen en cuenta la masa salarial y el denominado valor añadido. La fórmula de cálculo prevista legalmente es la siguiente⁴⁶.

$$\text{RSP} = \frac{1}{2} (\text{B} - 5\% \text{ C}) \times (\text{S}/\text{VA})$$

RSP: montante de la *Réserve Spéciale de Participation*.

S: masa salarial, montante de las remuneraciones brutas abonadas durante el ejercicio económico.

B: beneficio de referencia para la distribución, beneficio fiscal neto.

C: fondos propios de la empresa.

VA: valor añadido de la empresa, representa la suma de las cantidades siguientes: salarios y cotizaciones sociales, impuestos y tasas, gastos de explotación, cargas financieras, amortizaciones, provisiones, ingresos corrientes.

⁴⁴ Representa el coste financiero del capital, fue fijado en 1967 y nunca se ha revisado.

⁴⁵ El coeficiente $\frac{1}{2}$ denominado *coefficient scélérat* fue introducido en 1967, con la justificación de que entonces el impuesto de sociedades era del 50 %.

⁴⁶ <http://www.legifiscal.fr/reperes-fiscaux/formule-calcul-participation-salaries-2013.html>.

La reserva especial de participación puede ser distribuida de forma uniforme entre los trabajadores, en proporción a su salario, según su permanencia en la empresa o según una combinación de estos elementos, cosa que se especificará en el acuerdo.

El sistema de información y control de la *Participation* también deben definirse en el acuerdo. Debe ser público, por lo que debe preverse la forma de publicación. Además, cada año, en los seis meses siguientes al cierre del ejercicio económico, la empresa debe emitir informe sobre la ejecución de la *participation* y entregarlo al comité de empresa (si existe) o a cada asalariado. Además, éstos reciben una libreta de ahorro salarial en la que figuran los dispositivos de participación implantados en el seno de la empresa. Con cada abono realizado, se le entrega asimismo una ficha o justificante en la que se señala la suma a la que tiene derecho, acompañada de un anexo donde se recogen las reglas para el cálculo del reparto previstas en el acuerdo de participación.

Cuando un empleado abandona la empresa recibe un estado de cuentas con los activos disponibles y los elementos para obtener su liquidación o transferencia, así como los consignados en un plan de ahorro de empresa (PEE, PEG, PEI) o PERCO y las condiciones en que serán disponibles o eventualmente transferidos a otro plan. En el documento se indicará si los costes de gestión y de mantenimiento de la cuenta son a cargo de la empresa o de él (art. L3341-7 *Code du Travail*).

2. La *prima de Participation*

A través de la *Participation* el asalariado recibe una prima cuyo montante depende de las reglas fijadas en el acuerdo —a la que la empresa puede añadir un suplemento— o del régimen supletorio aplicado. Sin embargo, estas cantidades están sujetas a dos límites legales (*plafonds individuels*) que se calculan con referencia al *Plafond* (o máximo) *Annual de la Seguridad Social* fijado por el gobierno (el *PASS* es de 39.228 € para 2017)⁴⁷. En primer lugar, si se ha optado por un sistema de distribución de la *Participation* proporcional al salario bruto, el salario a tener en cuenta no puede superar cuatro veces el *PASS* (165.912 € en 2017). En segundo lugar, el montante total anual a percibir por el asalariado no puede ser superior al 75% del *PASS* (29.421 € en 2017).

⁴⁷ El límite para las primas de participación fue de 28.962 € en 2016 y de 29.421 € en 2017, en: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2141>.

Una vez fijada la prima de *Participation*, el trabajador puede solicitar el abono inmediato del total o de una parte. Debe solicitarlo en el plazo de 15 días desde la fecha de notificación de la cantidad atribuida y debe ser abonada antes del último día del quinto mes siguiente al cierre del ejercicio económico de la empresa (por ejemplo, antes del 31 de mayo si el ejercicio se cerró el 31 de diciembre del año anterior). A partir de esa fecha devengará un interés de demora.

No obstante, el trabajador puede optar por gestionar de otro modo las sumas atribuidas. A este respecto, el acuerdo *Participation* puede prever dos tipos de posibilidades (art. L442-5 *Code du Travail*)⁴⁸: los planes de ahorro salarial y la cuenta corriente bloqueada. En el marco de los planes de ahorro salarial (PEE, PEG, PEI, PERCO) se realizan inversiones a elección del asalariado, según las disposiciones existentes en la empresa, en los FCPE (*Fonds Communs de Placement d'Entreprises*) diversificados, en acciones para asalariados o en las SICAV del accionariado asalariado, o bien, en acciones de la empresa adjudicadas al PEE. En cambio, la cuenta corriente bloqueada está consagrada a realizar inversiones en la empresa y ofrece un interés remuneratorio regulado legalmente (*Taux moyen de rendement des obligations des sociétés privées*, TMO, es 0,63% en enero a junio de 2017)⁴⁹. El acuerdo *Participation* no puede prever únicamente el depósito en una cuenta corriente bloqueada, por lo que la empresa debe contar con un PEE, o poner en marcha uno, y si no es así, adherirse a un plan de ahorro interempresarial (PEI).

Si el trabajador no solicita el abono inmediato de la prima o no decide su destino, se consignará la mitad en un plan de pensiones (PERCO) y si es que existe en la empresa, la otra mitad se destinará a un plan de empresa (PEE, PEG, PEI) quedando bloqueada por un período de 5 años (8 años en caso de ausencia de acuerdo de *Participation*)⁵⁰. A falta de PERCO, se depositará en su totalidad en un plan de empresa. Se genera así un fondo que se utiliza para diversos tipos de inversión, previstos en el acuerdo

⁴⁸ *Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006, Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social.*

⁴⁹ http://www.tresor.economie.gouv.fr/4164_taux-moyen-de-rendement-des-obligations-des-societes-privées.

⁵⁰ Article L422-7 *Code du Travail*. Mediante decreto se pueden fijar las condiciones para liquidar o transferir las cantidades de forma anticipada. A falta de acuerdo de *Participation*, en caso de que se aplique el régimen supletorio, estas cantidades quedan en una *compte courant bloquée* por 8 años.

de *Participation* en beneficio de los trabajadores. No obstante, es posible solicitar el desbloqueo anticipado en determinados casos tasados como: matrimonio o pareja de hecho; nacimiento o adopción del tercer hijo/a; divorcio, separación o disolución de pareja de hecho con al menos la custodia de un hijo; invalidez del asalariado, de su cónyuge, pareja o hijos; fallecimiento del asalariado, de su cónyuge o pareja de hecho; finalización del contrato de trabajo o sobreendeudamiento.

Una vez finalizado el período de indisponibilidad, el trabajador puede optar por acumular la totalidad o parte de las sumas recibidas en una cuenta de ahorro de tiempo (*Compte épargne-temps, CET*), si es que existe.

Los gastos de gestión de las operaciones de mantenimiento de las cuentas de *Participation* corren a cargo de la empresa. Se trata de la apertura de cuenta, costes asociados al abono de la *Participation*, elaboración de los estados de cuentas, sus envíos, elección anual de las inversiones, sus modificaciones, envíos anuales de las situaciones de las inversiones, adquisiciones y compras efectuadas en los casos de desbloqueo anticipado, acceso a soportes informáticos, etc.

3. Régimen fiscal y social

El régimen fiscal de la *Participation* es similar al del *Intéressement*, tanto para la empresa como para los trabajadores. Por lo que respecta al empleador, las sumas abonadas son deducibles del impuesto de sociedades o del impuesto sobre la renta (pero están sometidas al impuesto sobre la nómina en el caso de las empresas cuya actividad no está sujeta al IVA). En el ámbito social, estas cantidades también están exoneradas de las cotizaciones patronales, pero sometidas al *forfait social* del 20% general o del 8% reducido para las empresas de menos de 50 trabajadores que voluntariamente implanten la *Participation*.

En el caso de los trabajadores, los efectos fiscales son diferentes si optan por percibir directamente las sumas (ya sea la totalidad o una parte) o por invertirlas en un plan de ahorro salarial. En el primer caso están sujetas al impuesto sobre la renta, en cambio, en el segundo, están exoneradas. En el ámbito social, las sumas percibidas en concepto de *Participation* están exoneradas de las cotizaciones salariales, pero sometidas a la *Contribution sociale Généralisée* (CSG) y la *Contribution pour le remboursement de la Dette Sociale* (CRDS).

V. PLANES DE AHORRO: *ÉPARGNE SALARIALE*

A través de los mecanismos de *Intéressement* y *Participation* se distribuye a los trabajadores parte de los resultados obtenidos por la empresa y éstos deciden si prefieren cobrar directamente las sumas atribuidas o depositarlas en algún plan de ahorro, lo que se denomina *épargne salariale* (ahorro salarial), un término un tanto confuso, puesto que, como recordaremos, las sumas obtenidas del *Intéressement* o de la *Participation* no pueden sustituir ningún elemento del salario. Hasta 2001 la noción de *épargne salariale* no tuvo reconocimiento oficial alguno, no figuraba en el ordenamiento jurídico y, en su lugar, se utilizaba el término de «participación financiera». Pero ese año se introdujo en el *Code du Travail* y en la actualidad prácticamente ha llegado a sustituir a ésta (Aubert, Hernández, Hollandts, 2017).

El *épargne salariale* hace referencia al conjunto de mecanismos de ahorro susceptibles de ser puestos en marcha en la empresa a partir de una relación de trabajo (Marquer 2005). Entre ellos se distinguen dos modalidades: los planes de ahorro de empresa (PEE, PEG, PEI) y los planes de pensiones de carácter colectivo (PERCO). Todos ellos permiten a los asalariados, generar un ahorro de carácter colectivo con la ayuda de la empresa y a ésta obtener un plus social por esa ayuda. Ofrecen a los asalariados la posibilidad de generar un capital individual y esperar de él un rendimiento potencialmente superior al que obtendrían a título individual. Son planes con vocación colectiva, abiertos a todos los asalariados de la empresa, incluyendo los mandatarios sociales en las empresas de 1 a 250 trabajadores⁵¹.

Estos planes pueden alimentarse de aportaciones voluntarias de los trabajadores, entre las que se encuentran las derivadas del *Intéressement* y la *Participation*, y de aportaciones realizadas por la empresa (o *abondements*). Desde enero de 2013, todo acuerdo de *Participation* debe estar necesariamente vinculado a un plan de ahorro salarial al objeto de que los asalariados puedan escoger el destino de las sumas recibidas en virtud del mismo. Estos planes se benefician de una fiscalidad y de unas cotizaciones sociales ventajosas, que operan a modo de incentivo. De hecho, hay quien ha llegado a calificarlos de «nicho fiscal» (Fontanet, 2015; Zemmour, 2015).

⁵¹ A partir de la *Loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail*, el ahorro salarial se hizo extensivo a los dirigentes de las empresas de 1 a 250 trabajadores y a sus colaboradores, así como a los agentes de seguros y agentes comerciales que hayan suscrito un acuerdo individual con una empresa con la que comercializan sus productos, siempre que el acuerdo regulador del plan de la empresa lo permita (art. L3332-2 *Code du Travail*).

Para las empresas el ahorro salarial presenta ventajas interesantes. Constituye una forma de remuneración de los asalariados menos costosa que la vía salarial ordinaria, ya que les permite aligerar la negociación de los aumentos salariales anuales y gozan de un régimen fiscal y social ventajoso. A ello hay que añadir que les permite obtener financiación de los trabajadores, unos inversores especialmente atractivos por su fidelidad frente a los accionistas ordinarios que podrían estar dispuestos a vender su participación al mejor postor. Junto a los aspectos financieros, el ahorro salarial permite una mayor vinculación de los asalariados con la empresa, convirtiéndolos en una parte interesada esencial. Así, ya no sólo aportan capital humano y fuerza de trabajo sino que adquieren un interés similar al de los accionistas de la empresa que les emplea.

1. Plan d' épargne entreprise (PEE)

El plan de ahorro de empresa o *Plan d'épargne entreprise* (PEE) es un sistema de ahorro colectivo que permite a los asalariados, con ayuda de la empresa, crear una cartera de valores mobiliarios⁵². Las sumas depositadas en él quedan bloqueadas, indisponibles, durante al menos cinco años⁵³, con la posibilidad de desbloqueo en unos casos tasados: contraer matrimonio o formar pareja de hecho; nacimiento o adopción de un tercer hijo; divorcio, separación o disolución de la pareja de hecho con custodia de al menos un hijo; invalidez del asalariado, de su cónyuge o de su pareja o de algún hijo; extinción del contrato de trabajo o sobreendeudamiento⁵⁴.

El PEE puede ser implantado a nivel de empresa o entre empresas de un grupo (*Plan d'épargne du group, PEG*) o bien entre empresas que no pertenecen a un mismo grupo (*Plan d'épargne interentreprises, PEI*). En todos los casos opera del mismo modo con aportaciones de los asalariados y de la empresa. Puede implantarse en cualquier empresa, cualquiera que sea su status jurídico (S.A., S.L., empresario individual, asociación, etc.).

Su puesta en marcha requiere la conclusión de un acuerdo regulador entre empleador y asalariados, que puede llevarse a cabo entre la empresa

⁵² Sobre su implantación por parte de la empresa y adhesión al plan, *Code du travail* artículos L3332-1 a L3332-6; sobre información al asalariado, artículos L3341-6 a L3341-8 y sobre la elección de las inversiones, artículos R3332-1 a R3332-3.

⁵³ *Code du travail* artículos L3332-25 y L3332-26.

⁵⁴ Los casos de desbloqueo anticipado regulados en *Code du Travail* artículos R3332-28 a R3332-30.

y uno o varios delegados sindicales, el (o los) representante(s) de la(s) organización(es) sindical(es) representativa(s), el comité de empresa o la mayoría de dos tercios de los asalariados. No obstante, cuando los intentos de negociación fracasan, el PEE puede igualmente implantarse de forma unilateral por parte de la dirección de la empresa.

Las aportaciones voluntarias de los asalariados a los PEE pueden ser de diversa índole⁵⁵: ya sean cantidades provenientes del *Intéressement* o la *Participation*, sumas transferidas de otros planes de ahorro salarial, siempre y cuando no provengan de un PERCO, o cualesquiera otras aportaciones voluntarias. Pero existe un límite máximo, no pueden superar el 25% de su remuneración bruta anual. También puede haber una aportación mínima anual, si así lo prevé la reglamentación del PEE, que no puede ser superior a 160 euros⁵⁶.

Por lo que respecta a las aportaciones de la empresa al PEE (*abondements*), también tienen carácter voluntario. Muchas empresas no suelen acordar *abondements*, en su lugar asumen los gastos de mantenimiento de las cuentas, que es la ayuda mínima que la ley les obliga a prestar al implantar un plan de ahorro. Estos gastos no se consideran *abondement*. Cuando la empresa aporta *abondement*, puede modularlo en función de determinados criterios (por ejemplo, en función de la inversión escogida o de la cantidad invertida). Pero han de ser criterios de carácter general que, en ningún caso, pueden relacionar la aportación de la empresa y del asalariado con la remuneración de éste. Además, desde la ley de 30.12.2006, los *abondements* tienen un límite máximo, el 8% del PASS (8% *Plafond Annuel de la Sécurité Sociale* = 3.138,274 € para 2017) y no pueden superar el triple de la aportación del asalariado. Ahora bien, si el trabajador invierte en acciones o en certificados de inversión emitidos por su empresa, en el marco de un plan de accionariado asalariado, el límite para las aportaciones de *abondements* se incrementa en un 80% (es decir, 8% PASS x 1,8 = 5.021,184 € para 2017), con el fin de favorecer la adquisición de acciones de la sociedad por su personal. Pero lo cierto es que, cada vez más, las empresas acuerdan que su *abondement* sea invertido de forma diversificada para no incitar a los trabajadores a colocar todo en títulos de la empresa (MEDEF, 2015).

Las sumas aportadas al PEE quedan bloqueadas durante cinco años (salvo causa de desbloqueo). La reglamentación del PEE prevé las modalida-

⁵⁵ Sobre las aportaciones, *Code du Travail* artículos L3332-10 a L3332-14 y artículos R3332-8 a R3332-13-1.

⁵⁶ En: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2142>.

des de inversión a disposición de los asalariados. En caso de que se prevean varias, éste podrá elegir. El PEE puede proponer inversiones en valores mobiliarios (acciones u obligaciones) emitidos por la empresa o por una empresa del mismo grupo (art. L3344-1 y L3344-2 *Code du Travail*) o en títulos de empresa, en el marco de una adquisición de la empresa por parte de sus asalariados⁵⁷. También puede proponer invertir en fondos de inversión diversificados de la empresa (FCPE) con la posibilidad de adquirir títulos emitidos por sociedades de inversión de capital variable (SICAV). Finalmente, las inversiones también pueden dirigirse a fondos solidarios (arts. L3332-17-1 y arts. R3332-21-1 a -5 *Code du travail*)⁵⁸. No obstante, cabe señalar que los PEE son mecanismos aptos para la creación y desarrollo de planes de accionariado asalariado y que también suelen utilizarse con este objetivo.

La fiscalidad y las cargas sociales de las sumas aportadas al PEE, varían en función de su naturaleza⁵⁹. Para la empresa, las cantidades aportadas al PEE (*abondements*) son deducibles de sus beneficios imponibles y no están sujetas a cotizaciones sociales patronales, salvo el *forfait social* (20%), ni a las tasas asociadas al salario⁶⁰, dentro de unos límites. Para gozar de estas ventajas, las aportaciones de la empresa al PEE por beneficiario y por año no pueden superar el 8% del PASS (3.138,274 € para 2017) ni el triple de las aportaciones del asalariado. A no ser que éste adquiera acciones o certificados de inversión emitidos por su empresa en el marco de un plan de accionariado asalariado, en cuyo caso el límite para los *abondements* se amplía en un 80% (es decir, 8% PASS x 1,8 = 5.021,184 € para 2017).

Para el asalariado, están exentas del impuesto sobre la renta, las sumas aportadas por la empresa al PEE (*abondements*), mientras estén bloqueadas en él y los rendimientos derivados del PEE que se hayan reinvertido en él. En cambio, no se benefician de la exención las cantidades aportadas voluntariamente por el asalariado al PEE, ni los rendimientos derivados del PEE (dividendos, plusvalías y demás rendimientos) no reinvertidos en él. No

⁵⁷ Los valores mobiliarios emitidos por la empresa pueden ser gestionados directa o indirectamente por un fondo de inversiones diversificadas de la empresa (FCPE).

⁵⁸ Desde el 1 de enero de 2010 las empresas que cuenten con un PEE tienen la obligación de proponer al menos un fondo común de inversiones de carácter solidario (FCPES).

⁵⁹ *Code du Travail* artículos L3332-27 y artículos 163 bis B y 237 ter *Code Général des Impôts*.

⁶⁰ Salvo del denominado impuesto sobre los salarios, en el caso de que se trate de una empresa cuya actividad no está sujeta a IVA.

obstante, se contempla una situación especial para el caso de la sociedad que decide emitir acciones para atribuir las al conjunto de sus asalariados en el marco de un aumento de capital reservado a las personas que participen en un PEE. En estos casos, bajo determinadas condiciones (Art. 217 *quinquies* II, *Code Général des Impôts*), se permite practicar una deducción por la diferencia existente entre el valor de los títulos en el momento de la ampliación de capital y el correspondiente al precio de suscripción por parte de los asalariados.

2. Plan d'épargne pour la retraite collectif (PERCO)

El PERCO es un dispositivo muy similar al PEE, con vocación de que los asalariados generen un ahorro a largo plazo para su jubilación. La mayoría de las disposiciones legales relativas al PEE son aplicables al PERCO⁶¹. Es posible implantarlo en todas las empresas que cuenten con un PEE. De hecho, transcurridos tres años desde la puesta en marcha de un PEE, la empresa está obligada a iniciar negociaciones para implantar un PERCO (art. 18, *Loi* n° 2008-1259). Su implantación exige concluir un acuerdo regulador entre la empresa y los asalariados o sus representantes, al igual que el PEE. La adhesión de los asalariados al PERCO es facultativa pero, desde 2009⁶², la reglamentación del PERCO puede prever la adhesión automática de los trabajadores de la empresa salvo oposición expresa de éstos⁶³. En tal caso, la reglamentación ha de indicar las formas que permitan a los asalariados no adherirse al plan.

El PERCO se alimenta de aportaciones voluntarias de los asalariados, entre las que se incluyen las cantidades provenientes del *Intéressement*, de la *Participation*, de una cuenta de ahorro de tiempo de descanso remunerado o de las sumas equivalentes a días de vacaciones no disfrutadas (con el límite de 10 días por año y 24 días laborales como máximo en total) y de los *abondements* de la empresa.

Puede haber una aportación inicial de la empresa, si así se prevé en el acuerdo regulador, incluso en ausencia de aportación por parte del asala-

⁶¹ *Code du Travail* artículo L3334-1 e *Instruction interministerielle du 18 février 2016 relative à l'intéressement, la participation et les plans d'épargne salariale*, disponible en: http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2016/02/cir_40587.pdf.

⁶² Artículo 5, *Loi du 3.12.2008 sur les revenus en faveur du travail*.

⁶³ Sobre la adhesión del trabajador al plan, *vid. Code du Travail*, artículos L3334-1 a L3334-5-1 y sobre condición de antigüedad el artículo L3342-1.

riado. Esta contribución inicial no puede superar el límite del 1% del PASS (392,28 € en 2017). Asimismo, la empresa debe respetar los umbrales máximos de sus *abondements*: el límite máximo previsto en el acuerdo regulador y, en cualquier caso, el 16% del PASS (6.276,48 € en 2017)⁶⁴ y el triple de lo aportado por el asalariado. Las aportaciones voluntarias del empleado tienen igualmente un límite máximo: el 25% del salario bruto anual. La regulación del PERCO puede establecer, asimismo, la exigencia de realizar una aportación mínima (160 € en 2017)⁶⁵.

Las sumas depositadas quedan bloqueadas hasta el momento de la jubilación, salvo que concurra alguna situación en que se permite el desbloqueo anticipado: el fallecimiento del asalariado, de su cónyuge o su pareja; invalidez del asalariado, de su cónyuge, de su pareja o de sus hijos; sobreendeudamiento del asalariado; adquisición de residencia habitual; rehabilitación de la residencia habitual tras catástrofe natural; expiración de los derechos del asalariado a la prestación por desempleo⁶⁶.

Llegado el momento de la jubilación, el trabajador tiene derecho a que se le abonen las cantidades depositadas. Su entrega se efectúa normalmente bajo la forma de renta vitalicia⁶⁷. En cualquier caso, la regulación del PERCO puede prever, asimismo, que el abono se haga en forma de capital y se entregue en una sola vez o de manera escalonada. La regulación precisará el modo en que el trabajador puede expresar su elección. No obstante, llegado el momento de jubilación o prejubilación, si el trabajador ha efectuado aportaciones a un PERCO, puede continuar haciéndolo mientras no solicite el desbloqueo de las cantidades.

En caso de extinción del contrato de trabajo (baja voluntaria o despido), el trabajador puede continuar beneficiándose del PERCO, si es que no existe ninguno en la nueva empresa en que está empleado. El reglamento del PERCO indica su contenido y la forma de informar a los asalariados. Éstos reciben una libreta de ahorro salarial donde se indican los disposi-

⁶⁴ Información de: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F10260>.

⁶⁵ *Code du Travail*, artículos L3334-6 a L3334-10 y sobre la composición y gestión del PERCO, artículos L3334-11 a L3334-13.

⁶⁶ Sobre la disponibilidad de las sumas vertidas *vid.* *Code du travail* artículos L3334-14 a L3334-15.

⁶⁷ La renta vitalicia adquirida a título oneroso (*rente viagère acquise à titre onéreux*) en una figura regulada en el *Code Civil* (arts. 1968 a 1976) que consiste en abonar periódicamente una renta como contraprestación de la cesión de un bien (*vg.* una vivienda) o un capital. El abono se efectúa durante toda la vida del beneficiario de la renta hasta su fallecimiento.

tivos de ahorro de que dispone la empresa. Si se abandona la empresa, el trabajador recibe un estado de cuentas del conjunto de sumas ahorradas y valores mobiliarios transferidos al plan. El documento precisa si los gastos de mantenimiento de la cuenta serán a cargo de la empresa o de los activos depositados.

El ahorro generado en el PERCO se invierte con orientaciones de gestión diferentes⁶⁸, en fondos comunes de inversión diversificados de la empresa (FCPE) o en títulos emitidos por sociedades de inversión de capital variable (SICAV). El PERCO debe proponer al asalariado al menos tres modalidades de inversión, de modo que pueda elegir al menos una modalidad que le permita reducir progresivamente los riesgos financieros⁶⁹. Salvo que el trabajador disponga otra cosa, las sumas depositadas en el PERCO se invierten automáticamente de esta manera.

Por lo que respecta al régimen fiscal, para la empresa, los *abondement* están exentos de tributación, se deducen al calcular los beneficios imponibles, y tampoco están sujetas a las tasas asociadas al salario. Para el asalariado, las cantidades invertidas en este tipo de planes están exentas de tributación, tanto las sumas depositadas como las rentas derivadas del plan, siempre que se reinviertan en un PEE. Únicamente tributan las rentas derivadas del PERCO que no se hayan reinvertido en un PEE.

Por lo que respecta al ámbito de la seguridad social, el *abondement* de la empresa está exonerado de las cargas sociales patronales pero está sujeto al *forfait social* (al tipo general del 20% o al tipo reducido del 16% si el PERCO prevé inversiones en PYME, desde 2016).

En el momento de desbloqueo del PERCO, las entregas realizadas al trabajador en forma de capital están exentas del impuesto sobre la renta. En cambio, las rentas vitalicias están parcialmente sometidas a él⁷⁰. No obstante, en ambos casos, las sumas recibidas están sujetas a las contribuciones sociales: CSG (8,2%), CRDS (0,5%), aportación social (4,5%), contribución adicional (0,3%) y aportación de solidaridad (2%), lo que arroja un total de 15,5%⁷¹.

⁶⁸ *Code du Travail*, artículos R3334-1 a R3334-5.

⁶⁹ *Code du Travail* artículos L3341-6 a L3341-8, sobre información al asalariado.

⁷⁰ En función de la edad de la persona, la fracción imponible oscila entre el 70% (para menores de 50 años) y el 30% (para mayores de 69 años).

⁷¹ <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2329>.

3. Compte épargne-temps (CET)

La cuenta de ahorro de tiempo permite al asalariado acumular derechos de vacaciones o días de descanso retribuidos o bien beneficiarse de una remuneración, ya sea inmediata o diferida. Estos derechos se generan por la acumulación de días de descanso no disfrutados o por la aportación de sumas de diversa índole. Las condiciones para su utilización y las modalidades de gestión se detallan en el acuerdo en que se prevea la puesta en marcha de una cuenta de este tipo⁷².

Su implantación no es obligatoria para la empresa, para ello debe concluir un acuerdo con los trabajadores o sus representantes. A partir de ahí, como sucede con los planes de ahorro (PEE y PERCO) rige un marco jurídico con algunas normas imperativas de orden público recogidas en el *Code du Travail* (vg. las normas de información a los asalariados o de garantías de los derechos acumulados) y otras de carácter dispositivo que se aplican subsidiariamente al acuerdo⁷³.

La CET tampoco reviste obligaciones para el asalariado, que no está obligado a utilizarla, es libre de asignar derechos a esta cuenta si así lo desea. Concretamente, puede asignar los derechos relativos a: i) la denominada *quinta semana* de las vacaciones anuales⁷⁴, vacaciones complementarias derivadas de derechos de convenio; ii) los períodos de vacaciones o de descanso no disfrutados en determinadas condiciones (por ejemplo, *Jours RTT*)⁷⁵; iii) las horas extraordinarias realizadas por encima de la jornada establecida y iv) otras remuneraciones de diversa índole.

Las normas permiten a los agentes sociales un margen de maniobra bastante amplio a la hora de acordar una CET. Con la salvedad de las vacaciones anuales, no existe una lista limitativa de los elementos que pueden integrar una cuenta de este tipo y tampoco limitaciones para el ejercicio de los derechos acumulados en ella. Así, el acuerdo que instituye la CET pue-

⁷² Sobre la definición, derechos consignados y su ejercicio, *vid. Code du Travail* artículos L3151-1 a L3151-4 y L3152-1 a L3152-4.

⁷³ La última reforma de este marco normativo ha sido en virtud de la Ley de 8 de agosto de 2016 (*Loi Travail*) y sus decretos de desarrollo n° 2016-1552 y n° 2016-1555 de 18 de noviembre que entraron en vigor el 1 de enero de 2017.

⁷⁴ Las vacaciones anuales, 30 días laborales al año, no pueden asignarse a la CET (*Code du Travail*, arts. L3141-3).

⁷⁵ Los llamados *Jours de Réduction du Temps de Travail*, son días de descanso que se asignan al trabajador para compensar el mantenimiento de un plan de 39 horas semanales. También se permiten reducciones de media jornada.

de autorizar a los asalariados a utilizar esos derechos para ser remunerado en períodos de permiso sin sueldo, en períodos de formación, para completar su remuneración en períodos de reducción de la jornada laboral o para ir cesando de manera progresiva en su actividad.

Los derechos adquiridos en el marco de una CET están asegurados contra el riesgo de impago, al igual que los salarios, por la *Association pour la garantie des salaires*, con un límite máximo (78.456 euros por asalariado en 2017)⁷⁶. El convenio colectivo o acuerdo de empresa puede, en su caso, prever una garantía o seguro complementario para cubrir los derechos adquiridos por encima de esa cantidad. En esos casos, se debe asegurar asimismo el pago de las contribuciones sociales obligatorias (*Contribution sociale Généralisée* y *Contribution pour le remboursement de la Dette Sociale*) que corresponden a las cantidades percibidas por el asalariado por encima de dicho límite.

En caso de extinción del contrato de trabajo, a falta de disposiciones previstas en el acuerdo de CET, cualquiera que sea el motivo (baja voluntaria, despido, extinción convenida, jubilación, etc.) el asalariado que abandona la empresa puede recibir el la cantidad correspondiente a la conversión monetaria del conjunto de derechos adquiridos, o bien solicitar, con acuerdo del empleador, el depósito de esas cantidades en la *Caisse des dépôts et consignations*⁷⁷. Los derechos consignados en ella pueden disponerse total o parcialmente, en cualquier momento, a solicitud del beneficiario o de sus herederos. Asimismo, el asalariado puede optar por solicitar que sean transferidos total o parcialmente a un plan de ahorro salarial (PEE, PEI o PERCO) implantado por el nuevo empleador.

El régimen fiscal y social de los derechos acumulados en la CET incentiva que sean utilizados con vistas a la jubilación. El convenio o acuerdo por el que se implanta esta cuenta puede prever que los derechos consignados en ella sean utilizados, total o parcialmente, para contribuir a la financiación de prestaciones de jubilación que revisten un carácter colectivo y obligatorio, en el marco de los procedimientos mencionados en el artículo el *Code de la Sécurité Sociale* (art. L911-1). Es el caso de los regímenes de

⁷⁶ Ese límite es de seis veces la cantidad máxima de retención para las contribuciones al régimen de prestaciones por desempleo. Sobre garantías de los derechos y rescisión del contrato, *vid.* *Code du Travail* artículos L3153-1 a L3153-2 y L3152-8 y los artículos L3154-1 a L3154-6.

⁷⁷ La *Caisse des dépôts et consignations* es una institución de carácter público que ejerce actividades de interés general.

jubilación complementarios, que se nutren tanto de cotizaciones de los asalariados, como de aportaciones complementarias del empleador (*abondements*), realizadas como consecuencia de convenio colectivo, acuerdo de empresa o decisión unilateral del empleador. En estos casos, los derechos derivados del *abondement* (ya sean en tiempo o en dinero) se benefician de deducciones en el impuesto sobre la renta, dentro de unos límites⁷⁸, y quedan exentas de cotizaciones a la seguridad social, también con ciertos límites⁷⁹.

El convenio o acuerdo de la cuenta de ahorro de tiempo también puede prever realizar aportaciones a uno o varios planes de ahorro colectivos para la jubilación (PERCO). En ese caso, los derechos derivados de los *abondements* se sirven de las exenciones fiscales y sociales previstas para las sumas vertidas por los empleados a los PERCO⁸⁰ con sus límites, a los que se añada un límite de diez días al año con un máximo de 24 días laborables⁸¹. De este modo se incentiva con un régimen fiscal favorable la transferencia de las cantidades que ostenta el asalariado en una cuenta de ahorro de tiempo hacia un PEE o un PERCO⁸².

VI. CONCLUSIONES

Del estudio llevado a cabo sobre la participación financiera de los trabajadores en la empresa en Francia, extraemos las siguientes conclusiones:

1. Francia cuenta con un marco normativo sólido para la aplicación de diversas formas de participación financiera de los trabajadores. Entre ellas destacan las modalidades de participación en los resultados de la empresa, el *Intéressement* y la *Participation*, unos dispositivos que se conectan con diferentes tipos de planes de ahorro y que también ofrecen la posibilidad

⁷⁸ *Code Général de Impôts*, artículo 83-2 y 83-2-0 bis.

⁷⁹ *Code de la Sécurité Sociale*, artículo L242-1-1 y *Code rural y de la pêche maritime*, artículo L741-10.

⁸⁰ *Code du Travail*, artículos L3332-11 a L3332-13 y artículo L3332-27.

⁸¹ *Code de la Sécurité Sociale*, artículo L242-4-3, fija un límite a la exoneración de las cotizaciones salariales a la seguridad social y a la exoneración de las cotizaciones a cargo del empleador al sistema de la seguridad social y de las prestaciones familiares. El régimen de exoneraciones al impuesto sobre la renta se recoge en los artículos 81-b y 38-2-0 bis del *Code Général de Impôts*.

⁸² Para estas transferencias que se realizan exclusivamente a solicitud del empleado, ver el sistema de cociente previsto en el artículo 163-0-A *Code Général des Impôts*.

de acceder a participar en la propiedad de la empresa. Desde los poderes públicos se han adoptado normas especiales para estimular su aplicación mediante el reconocimiento de importantes beneficios fiscales y sociales tanto para las empresas como para los trabajadores.

2. El esquema de la participación en los resultados combinada con los planes de ahorro o inversión goza de un amplio grado de implantación, sobre todo en las grandes empresas y en menor medida en las PYME, ámbito en el que se siguen realizando esfuerzos por parte de los poderes públicos e incluso se contemplan planes de ahorro para autónomos. A este respecto, cabe señalar que en la sociedad francesa se observa una falta de prejuicios y un sentimiento generalizado de aceptación de estos dispositivos, incluyendo la posibilidad de utilizarlos para dar mayor flexibilidad a los sistemas de remuneración, que no se aprecia en otros países europeos.

3. Este modelo, si bien conserva su objetivo inicial de impulsar el reparto de los beneficios empresariales, ha fomentado principalmente la idea de generar una provisión de activos en manos de los trabajadores. En estos tiempos de contexto de crisis económica, de degradación de las cuentas públicas, parece que los debates sobre los sistemas de pensiones pesan más que la voluntad de repartir entre los trabajadores los resultados de las empresas. Por consiguiente, estos planes de ahorro que conforman el llamado ahorro salarial o *épargne salariale* se conciben en gran medida como un mecanismo de previsión y de ahorro/inversión para la jubilación que permita aliviar al Estado el mantenimiento del sistema de pensiones. Tal vez, no se puede obviar el hecho de que esta «financiarización» de la participación puede ser en gran medida una consecuencia lógica del fenómeno global de financiarización de la economía, de la que no ha podido escapar.

4. Así pues, la participación de los asalariados en Francia ha evolucionado fundamentalmente hacia una forma de remuneración (extrasalarial) y de creación de patrimonio y no tanto hacia la gobernanza en la empresa. Éste es el resultado que refleja la situación actual de las relaciones entre los agentes sociales dentro de la empresa. Puede afirmarse que la participación de los asalariados en la gestión no parece ser una aspiración muy evidente en el contexto de la empresa moderna. El interés sobre los mecanismos de participación financiera se ha circunscrito a una dimensión esencialmente técnico-financiera, obviando en gran medida el debate sobre la gobernanza.

5. No obstante, en este panorama general y largamente asentado de la participación ha irrumpido la *Loi Macron* (2015), una ley en la que se destaca un doble objetivo, por un lado, el de seguir fortaleciendo los dispositivos

de participación en los resultados de la empresa y, por otro, el objetivo de dar un nuevo impulso al accionariado asalariado, para lo cual prevé modificaciones en la regulación sobre la atribución gratuita de acciones a los trabajadores.

6. Con ello se advierte en Francia un cierto cambio de rumbo en materia de participación de los trabajadores en la empresa que no parece haber recibido una contestación reseñable por parte de las organizaciones patronales y sindicales. Si bien históricamente han sido habituales los recelos ante la *codétermination* como forma de participación de los trabajadores en la gestión, por implicar la colaboración de la clase trabajadora y no permitir a éstos influir verdaderamente en la toma de decisiones de los órganos de las sociedades, en estos momentos, la figura del accionariado asalariado empieza a perfilarse desde otro punto de vista. Empieza a verse como un potencial instrumento para hacer frente a los nuevos peligros que acechan a las empresas y a los trabajadores, los peligros de la desindustrialización, los despidos masivos, la deslocalización, la adquisición de empresas por inversores extranjeros, etc.

Bibliografía

- AMAR, E. & PAURON, A. (2013). «Participation, intéressement et plans d'épargne salariale: quelles différences d'accès et de répartition entre les salariés?», *Emploi et salaires* 2013, Institut National de la Statistique et des études économiques: Paris. 59-73.
- ASQUINAZI-BAILLEUX, D. (2014). *Les avantages sociaux requalifiés en salaire*, *Droit Social* 9, 735-744.
- AUBERT, N., HERNÁNDEZ, S. & HOLLANTS, X. (2017). «De la participation des salariés à l'épargne salariale: analyse lexicale des débats parlementaires», *Revue Française de Gouvernance d'Entreprise* 19, 1-35.
- AZURERO, G. (2015). «La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise», *Droit Social* 12, 1006-1011.
- AZURERO, G. (2017). «Los mecanismos de participación de los trabajadores en la gestión de la Empresa en Francia», *Documentación Laboral* 109, 71-80.
- BALLIGAND, J. P. & DE FOUCAULT, J. B. de (2000). *L'épargne salariale au cœur du contrat social, Rapport au Premier Ministre*, París, La Documentation Française.
- BEFFA, J. L. & CLERC, C. (2013). «Les chances de una codétermination à la française», *Prisma* 26, 1-74.
- BENHAMOU, S. (2014). «Gouvernance, participation des salariés et performance des entreprises: enjeux et prospective économique et sociale», *Droit Social* 6, 550-555.
- BOURDEAU, M. (2014). «Le droit de vote des salariés actionnaires poteurs de parts d'un fonds commun de placement d'entreprise dédié: vision d'une commercialiste», *Droit Social* 6, 506-511.

- CHANTRIOT, A. (2014). «La réforme de l'entreprise. Du contrôle ouvrier à l'échec du projet modernisateur», *Vingtième Siècle. Revue d'histoire* 114, 183-197.
- COMISIÓN EUROPEA (1991). (Directorate General Employment, Industrial Relations and Social Affairs & Uvalic, M.) *The PEPPER Report: Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the Member States of the European Community*, Florence & Brussels.
- CONSEJO DE LA UE (1992). *Recomendación, de 27 de julio de 1992, relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa (incluida la participación en el capital)* (92/443/CEE), DOCE L 245, 26.9.1992, 53-55.
- COPIESAS, Conseil d'Orientation de la Participation, de l'Interessement, de l'Épargne Salariale et de l'Actionnariat Salarié (2014). *Rapport: Propositions en vue d'une réforme de l'épargne salariale*, Paris.
- DELAHAIE, N. & DUHAUTOIS, R. (2013). L'effet de l'intéressement sur l'évolution des salaires, *Connaissance de l'emploi (Centre d'études de l'emploi)* 108, 1-4.
- FONTANET, X. (2014). «Le grand scandale des aides aux entreprises», *Les enquêtes du contribuable* 10, 10-15.
- GUILLOT-SOULEZ, C. (2013). «Introduction des actions gratuites en droit français et évolution des pratiques de rémunération en actions», *12ème Colloque International de Gouvernance*, Nantes.
- HAMOUDA, M. (2010). «Le bilan des stock-options en France de 1997 à 2003». *Management & Avenir* 35-5, 149-167.
- INSTITUT DE LA PROTECTION SOCIALE (2014). «9 Orientations pour réformer l'épargne salariale», *Les Dossiers de l'IPS* 3, 1-96.
- LIEUTIER, J. P. (2015). «Réforme de l'épargne salariale, de l'épargne retraite et de l'actionnariat salarié», *Droit social* 10, 777-786.
- MABILE, S. (1998). «Intéressement et salaires: complémentarité ou substitution?», *Economie et statistique* 316-1, 45-61.
- MARQUER (2005). *Guide de l'épargne salariale*, Siècle: Paris.
- MEDEF, Mouvement des Entreprises de France (2015), *Guide du MEDEF, Épargne Salariale*, Paris.
- MINISTÈRE DU TRAVAIL (2014). *Guide de l'Épargne Salariale*, Paris.
- MOIZARD, N. (2014). «L'actionnariat des salariés», *Droit social* 6, 561-565.
- RUESGA BENITO, S. M.; SUÁREZ CORUJO, B. & GÓMEZ SÁNCHEZ, V. (2017). *¿Co-braremos la pensión?*, Pirámide, Madrid.
- STÉVENOT, A. & GUERY, L. (2013). «Participation financière et climat social: une analyse des perceptions comparées dirigeants/salariés», *Relations Industrielles/Industrial Relations* 68-2, 290-311.
- UVALIC, M. (1995). «La participación financiera de los trabajadores de la Unión Europea», *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía* 33, 64-77.
- TZSCHENTKE, D. (2010). *Mitarbeiterbeteiligung und deren Besteuerung in Deutschland, Frankreich und Großbritannien. Bestandsaufnahme und Perspektiven*, Shaker: Aachen.
- ZEMMOUR, M. (2013). *Les dépenses socio-fiscales ayant trait à la protection sociale: état des lieux*, Paris: Sciences Po-Laboratoire Interdisciplinaire d'Évaluation des Politiques Publiques.
- ZEMMOUR, M. (2015). «Exonérations, exemptions et dépenses fiscales: quels coûts pour la protection sociale?», *La Revue de l' IRES (Institut des Recherches économiques et Sociales)* 87, 3-34.

*Guía sobre las principales formas de participación de empleados en el Reino Unido*¹

GRAEME NUTTALL²

Socio, bufete de abogados FieldFisher, Reino Unido

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Una definición británica de participación de empleados. 2. Introducción al marco jurídico y fiscal en el Reino Unido. II. LAS DIFERENTES FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN DE EMPLEADOS EN EL REINO UNIDO. 1. Diferencias de las sociedades con participación de empleados. 1.1. Participación de empleados o en nombre de estos. 1.2. Compromiso de los empleados. 2. Tipos de participación de empleados. 2.1. Directa. 2.2. Indirecta. 2.3. Híbrida. III. CÓMO INTRODUCIR Y MANTENER LA PARTICIPACIÓN DE EMPLEADOS. 1. Introducción y mantenimiento de la participación indirecta (trust). 1.1. Constitución de un *trust* de empleados. 1.2. Disponer lo necesario para que el *trust* adquiera acciones. 1.3. Consideraciones fiscales. 1.4. Administración del *trust*. 2. Introducción y mantenimiento de la participación directa. 2.1. Crear un plan. 2.2. Origen de las acciones del plan. 2.3. Consideraciones fiscales. 2.4. Gestión del plan o planes. A) Plan de incentivos de acciones. B) Plan SAYE. C) Acuerdo EMI. D) CSOP. E) Planes sin ventajas fiscales. 3. Introducción y mantenimiento de la participación híbrida. 3.1. Añadir la participación directa a un modelo de participación fiduciaria. 3.2. Añadir la participación fiduciaria junto con la participación directa. IV. CONCLUSIÓN. 1. Start-ups. 2. Contribuir al crecimiento. 3. Lograr una continuidad en la dirección. 4. Lograr una continuidad en la participación. 5. Rescates de empresas.

I. INTRODUCCIÓN

La presente es una guía sobre las principales formas de participación de empleados en el Reino Unido.

¹ La traducción de este texto ha sido realizada gracias al proyecto de investigación «Economía Social, Autogestión y Empleo» (DER2016-78732-R) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

² *Graeme Nuttall* has been made an OBE in the Queen's Birthday Honours list in recognition of his work on employee ownership, employee share schemes and public service mutuals.

La participación de empleados en el Reino Unido se encuentra en buena forma. En 2017, las cincuenta principales sociedades británicas participadas por empleados obtuvieron unas ventas combinadas de 22,7 billones de libras y 176.000 empleados³. La mayor parte de este *Top 50* no tenía deuda neta.

La participación de empleados se encuentra en una amplia variedad de empresas. El *Top 50* no se concentra en ningún sector concreto, si bien predominan cuatro sectores principales: servicios profesionales, sanidad y asistencia social, manufacturas y venta al por menor. Un estudio actual sobre participación financiera de empleados en Gran Bretaña⁴ identificó sociedades participadas por empleados en otros sectores, incluyendo finanzas y seguros, educación, informática y comunicaciones, y construcción.

Resulta difícil decir cuántas sociedades del Reino Unido están participadas por empleados. Todas las sociedades con planes de acciones presentan declaraciones anuales a la *HM Revenue & Customs* (la autoridad fiscal del Reino Unido). Los análisis de estos datos por ejercicios fiscales⁵ se publican periódicamente. Por el contrario, no existe obligación de notificación, como tal, para las sociedades participadas por empleados. El estudio antes mencionado estimó que en noviembre de 2015 existían entre 250 y 280 sociedades participadas por empleados, y que esto suponía cuatro veces más que desde mediados de los 90. Esta estimación incluiría mutuas de servicios públicos⁶ que estén participadas por empleados⁷. Es evidente

³ The Employee Ownership Top 50 2017 (Employee Ownership Association), 2017. Extraído de <http://employeeownership.co.uk/resources/reports/>

⁴ Andrew Pendleton and Andrew Robinson, *Employee Ownership In Britain Findings from the 2014-15 Employee Ownership Survey* (White Rose Employee Ownership Centre), 2015. Extraído de <http://wreoc.org/news/item/articles/2015/November/employee-ownership-in-britain-today-201415-updated-november-2015-1/>

⁵ El ejercicio fiscal en el Reino Unido transcurre desde el 6 de abril hasta el 5 de abril, es decir, el ejercicio fiscal del año 2017-2018 va desde el 6 de abril de 2017 hasta el 5 de abril de 2018.

⁶ «Las mutuas de servicios públicos son organizaciones que han abandonado el sector público pero que continúan suministrando servicios públicos. El control por parte de los empleados constituye un papel significativo en su funcionamiento.» (<https://www.gov.uk/government/get-involved/take-part/start-a-public-service-mutual>)).

⁷ En julio de 2014 se publicó que existían en Inglaterra y Gales 100 mutuas de servicios públicos, que daban empleo a 35.000 personas y proveían servicios relacionados con sanidad comunitaria o bibliotecas. Véase <https://www.gov.uk/government/news/cabinet-office-mutuals-reach-century-success>.

que muchas más sociedades han pasado a estar participadas por empleados desde que se realizó esta estimación. Al menos otras 86 sociedades han pasado a estar participadas por el fiduciario (*trustee*) de un *trust* (fiducia) de participación de empleados⁸.

Algunas sociedades colectivas (*partnerships*) operan con la filosofía de participación de empleados, pero este tipo de participación en el Reino Unido se encuentra predominantemente en sociedades. Algunas sociedades británicas participadas por empleados poseen acciones que cotizan en algún mercado de valores⁹, y por tanto esta guía se refiere a las principales formas de participación de empleados en sociedades privadas (*private companies*)¹⁰. Antes de estudiar estas formas, será conveniente entender qué significa el término participación de empleados (*employee ownership*) en el Reino Unido, y comprender el marco legal y fiscal general que favorece la participación de empleados en el Reino Unido:

1. Una definición británica de participación de empleados

La *Nuttall Review of Employee Ownership*¹¹ definió la participación de empleados como:

«...una participación significativa y relevante en una empresa de todos sus empleados. Si esto se cumple, entonces la sociedad está participada por empleados: tiene empleados propietarios. Lo que resulta “significativo” va más allá de la participación financiera. La participación de los empleados debe sustentar estructuras organizativas que garanticen el compromiso de los empleados. De este modo, la participación de empleados puede verse como un modelo empresarial por derecho propio.

⁸ Employee Ownership Trust Survey 2016 (Employee Ownership Association), 2017. Extraído de <http://employeeownership.co.uk/news/results-published-eot-survey/>

⁹ Véase <http://www.employeeownershipindex.co.uk>.

¹⁰ Las *private companies* son sociedades de carácter cerrado, con severas restricciones a la transmisibilidad de sus participaciones, de manera similar a lo que sucede con las sociedades de responsabilidad limitada españolas.

¹¹ Graeme Nuttall, *Sharing Success: The Nuttall Review of Employee Ownership* (Department for Business, Innovation & Skills), 2012, pp. 74-76. Publicado el 4 de julio de 2012, se trata de un estudio independiente para el Gobierno del Reino Unido. Explica los obstáculos para promover las sociedades participadas por empleados, y propone un marco para eliminar dichos obstáculos. Propuso recomendaciones al Gobierno sobre cómo promover la participación de empleados. Extraído de: <https://www.gov.uk/government/publications/nuttall-review-of-employee-ownership>.

Este estudio pone especial énfasis en que la participación de los empleados sea una participación sustancial y de control. No se establece ninguna norma sobre qué porcentaje del capital de acciones emitidas sea una participación sustancial. Desde la perspectiva del derecho mercantil, más del 25% ya es sustancial...

Una sociedad en que una participación de control esté ejercida por todos los empleados es una sociedad participada por empleados.

Si una sociedad tiene uno o más planes de acciones para empleados, que podría incluir un *trust* en beneficio de los empleados, que no proporcionen una participación sustancial, estos pueden seguir siendo un modelo empresarial de participación de empleados si van más allá de la simple participación financiera...

Las referencias a la participación accionarial de todos los empleados, supone que dicha participación es voluntaria. La participación accionarial debe facilitarse a todos los empleados en condiciones iguales o similares, pero esto puede quedar supeditado a un periodo mínimo de contratación o al cumplimiento de otras condiciones habilitantes. Estos derechos a menudo varían de forma equitativa, según la antigüedad, remuneración o factores similares.

En el contexto adecuado, la participación de empleados incluye modelos jurídicos diferentes a los de las sociedades limitadas por acciones, como los distintos modelos jurídicos utilizados por las cooperativas de trabajadores. Asimismo, las referencias a las acciones pueden incluir la vinculación a una sociedad limitada por garantía. Esta fórmula es adoptada por algunas sociedades participadas por empleados, incluidas las mutuas de servicios públicos».

Esta definición vincula deliberadamente una participación accionarial importante con el compromiso de los empleados. Antes del Informe Nuttall, la participación de empleados se definía habitualmente sólo en función de cómo se participaba en las acciones de una sociedad. La definición del Informe Nuttall también enfatiza en un concepto clave, el de la participación de «todos los empleados» en las adjudicaciones en virtud de un plan. Esto se contrapone a una participación «discrecional», cuando la participación en adjudicaciones sólo se ofrece a determinados empleados o grupos de empleados.

La recomendación de que la participación de empleados en sociedades privadas requiera una participación mínima del 25%, en posesión de todos los empleados, ha sido generalmente aceptada. El estudio arriba mencionado adopta esta definición. En la práctica, los niveles son mucho mayores. En el estudio, la media era del 85% (con una mediana de 100).

Algunas sociedades participadas por empleados operan como empresas sociales o cooperativas de trabajadores. Si bien las sociedades participadas por empleados pueden adoptar estas características, el Informe Nuttall consideró que la participación de empleados se entendía mejor como un modelo empresarial por sí mismo. Esta guía se centra en sociedades pri-

vadas «con ánimo de lucro», y no abarca la amplia gama de modelos para cooperativas de trabajadores en el Reino Unido¹².

2. Introducción al marco jurídico y fiscal en el Reino Unido

En términos generales, el Reino Unido posee el marco jurídico y fiscal necesario para dar soporte a la participación de empleados. No había nada en el marco legal del Reino Unido que impactase de forma desproporcionada en las sociedades participadas por empleados, según el Informe Nuttall. El *One Year On Report*¹³ llegó a la misma conclusión, como también una posterior consulta al Gobierno¹⁴. La *HM Treasury*¹⁵ estudió posibles barreras, incluyendo las fiscales, a la puesta en marcha de la participación de empleados, y determinó que la mayoría de empresas que se enfrentaban a la *HM Treasury* no identificaron el sistema fiscal como una barrera importante a una mayor adopción del modelo de participación de empleados¹⁶.

En concreto:

- (i) existen métodos bien establecidos para que los empleados obtengan la titularidad directa de acciones. Durante muchos años, el Reino Unido disponía de una amplia gama de planes de acciones y de opciones sobre acciones con ventajas fiscales, tanto planes discrecionales como para todos los empleados. Estos son planes que reúnen los requisitos para obtener ventajas fiscales (incluyendo la seguridad social). Recientemente, el Reino Unido corrigió la legislación aplicable en base a un estudio de la Oficina de Simplificación Fiscal¹⁷. Existen cuatro planes con ventajas fiscales:
 - (A) el plan de incentivos de acciones («**SIP**»);

¹² Véase <https://www.uk.coop/developing-co-ops/model-governing-documents>.

¹³ The Nuttall Review of Employee Ownership: One Year On Report (Department for Business, Innovation & Skills), 2013. Extraído de <https://www.gov.uk/government/publications/nuttall-review-of-employee-ownership-one-year-on>.

¹⁴ BIS Response, (Department for Business, Innovation & Skills), 2014. Extraído de https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/337988/bis_14_963_bis_response_to_call_on_amending_the_rule_against_perpetuities_2.pdf.

¹⁵ Ministerio de Economía y Hacienda del Reino Unido.

¹⁶ Véase <http://taxdeductionsblog.fieldfisher.com/2012/talking-employee-ownership-with-the-tax-man>.

¹⁷ Véase <https://www.gov.uk/government/publications/employee-share-schemes-review>.

- (B) el acuerdo sobre incentivos de gestión empresarial («**EMI**»);
- (C) el plan de opciones sobre acciones («**CSOP**»); y
- (D) el modelo de ahorro de opciones sobre acciones («**plan SAYE**»)
(también llamado *Sharesave*).

Los tres últimos incluyen la concesión de opciones sobre acciones (es decir, de derechos legales a adquirir acciones). El SIP implica adjudicaciones de acciones. En 2015-2016, existían en el Reino Unido cerca de 10.720 sociedades con un plan de acciones con ventajas fiscales¹⁸. La amplia mayoría (9.650 sociedades) tenían acuerdos EMI y CSOPs, que son planes discrecionales. Sólo 1.280 sociedades gestionaban un plan SAYE o SIP, planes que deben aplicarse a todos los empleados. Muchos de estos planes para todos los empleados realizan adjudicaciones sólo sobre un pequeño porcentaje del total del capital social emitido. De forma alternativa o adicional, las sociedades pueden decidir aplicar otros planes que no reúnen los requisitos para obtener ventajas fiscales (es decir, planes sin ventajas fiscales). Las normas fiscales aplicables a estos planes también se han actualizado tras un estudio de la Oficina de Simplificación Fiscal;

- (ii) existe un concepto de «*trust*» (fiducia/fideicomiso) con una larga tradición, que en el contexto de la participación de empleados permite que alguien, llamado «*trustee*» (fiduciario/fideicomisario), posea acciones en nombre de los empleados de una sociedad (o de un grupo de sociedades) (llamados los «beneficiarios» del *trust*)¹⁹. El fiduciario tiene la responsabilidad fiduciaria de actuar en todo momento en el mejor interés de los beneficiarios del *trust*. En dichos *trusts* de empleados, las acciones son detentadas invariablemente por los llamados *trusts* discrecionales. Esto significa que el fiduciario tiene la facultad, a su discreción, de elegir cómo y cuándo se beneficiarán los beneficiarios. Las acciones pueden depositarse indefinidamente en *trusts* discrecionales, y mientras esto ocurra ningún empleado tendrá derecho a ningún tipo de acción de dicho *trust*.

¹⁸ Employee Share Scheme Statistics for 2015-16 (HM Revenue & Customs), 2017, Table 6.2. Extraído de <https://www.gov.uk/government/statistics/companies-with-tax-advantaged-employee-share-schemes>.

¹⁹ Véase <https://www.gov.uk/trusts-taxes/overview>.

En el modelo de *trust* de participación de empleados, las acciones son depositadas permanentemente en *trust*; y

- (iii) el Reino Unido dispone de leyes mercantiles flexibles (y de otras, como leyes bursátiles) que incluyen cláusulas que respaldan los sistemas de accionariado de los empleados²⁰. Por ejemplo, los cambios que se hicieron de acuerdo con el Informe Nuttall, sobre recompras de acciones y acciones de tesorería, para ayudar a las sociedades a gestionar el mercado interno de acciones²¹. La explicación de estas leyes queda fuera de los propósitos de esta guía.

II. LAS DIFERENTES FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN DE EMPLEADOS EN EL REINO UNIDO

1. *Diferencias de las sociedades con participación de empleados*

En muchos aspectos, las sociedades privadas del Reino Unido participadas por empleados son iguales a las que operan sin participación de empleados. Cada sociedad privada debe tener uno o varios socios (llamados accionistas en las sociedades que tienen acciones) y un consejo de administración. Los socios y el consejo de administración tienen responsabilidades acordes con la constitución de su sociedad y con el derecho mercantil. El consejo de administración se designará indefectiblemente por sus conocimientos y experiencia, y asumirá la responsabilidad general por la administración de la sociedad, independientemente de si la sociedad está participada por empleados o no. Según el derecho mercantil, algunas decisiones deben ser tomadas por los socios, por ejemplo, la autorización para realizar cambios en los estatutos sociales. Pero las sociedades participadas por empleados tienen además otras características, acordes con lo que significa la participación de empleados, a saber:

- todos los empleados poseen una participación directa o indirecta en el accionariado; y

²⁰ Según se define en la *Companies Act 2006, Part 38, section 1166*.

²¹ Simple guide to the Companies Act 2006 (Amendment of Part 18) Regulations 2013 & 2015 (Department for Business, Innovation and Skills), 2015. Extraído de https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492695/BIS-15-288_Employee-ownership-share-buy-backs.pdf.

- existen estructuras organizativas que fomentan el compromiso de los empleados.

En más detalle:

1.1. Participación de empleados o en nombre de estos

La definición de participación de empleados implica que las acciones son detentadas por empleados y/o por alguien en representación de estos. Esto otorga o puede otorgar derechos a una participación financiera, mediante dividendos y/o plusvalías, y derechos a voto.

Cada sociedad participada por empleados tiene amplia libertad para desarrollar su propio método de explotar (o decidir no explotar) cada uno de estos derechos de forma que fomenten la participación de los empleados en sus empresas.

Como ya se ha indicado, existen varios planes de acciones con ventajas fiscales, *trusts* de empleados y otros métodos enfocados a la participación accionarial por parte de empleados o de alguien en su nombre. En una sociedad participada por empleados, en lugar de utilizar los planes de acciones o los *trusts* sólo para incentivar a unos pocos, todos los empleados participan directa o indirectamente en el accionariado. En una sociedad participada por empleados, en lugar de ofrecerse incentivos a empleados sobre una pequeña proporción de acciones, los empleados en su conjunto poseen una participación significativa, y posiblemente de control, que sustenta el compromiso de los empleados. Normalmente, una sociedad participada por empleados dispondrá de alguna forma de reparto de beneficios entre todos los empleados (si es esto lo que desean los empleados)²².

Las principales formas de obtener participación accionarial (y acuerdos de reparto de beneficios) se explicarán posteriormente en esta guía en más detalle;

1.2. Compromiso de los empleados

En el Reino Unido se ha prestado menos atención a establecer buenas prácticas en relación con el compromiso de los empleados en el modelo empresarial de participación de empleados. Por consiguiente, las socieda-

²² En mutuas de servicios públicos, los empleados pueden acordar reinvertir los beneficios para mejorar los servicios en lugar de percibir bonificaciones.

des participadas por empleados desarrollan normalmente su propio enfoque sobre el compromiso de los empleados. Cabe suponer que cualquiera que sea el tipo de participación accionarial de empleados que tenga la sociedad, ésta tendrá sus propios mecanismos de compromiso de empleados instaurados en esa forma de participación.

Las características clave del compromiso de empleados que habitualmente se encuentran en sociedades participadas por empleados (independientemente de cómo se participe en el accionariado) incluye el acceso a la información, la «employee voice»²³ y un compromiso de formación y promoción de la plantilla.

Las sociedades participadas por empleados tienden a proporcionar más información a los empleados, y con mayor regularidad que otras sociedades. El estudio del *White Rose Employee Ownership Centre*²⁴, sobre sociedades participadas por empleados detectó que normalmente se facilita información sobre la situación financiera de la sociedad, sus planes de inversión, las decisiones del consejo y los organigramas.

El mismo estudio indica que las sociedades participadas por empleados tienden a darles voz a sus empleados mediante sistemas de propuestas, oportunidades para reunirse con los directivos, grupos de resolución de problemas y reuniones informativas.

Las sociedades participadas por empleados también hacen hincapié en la formación y promoción de la plantilla, y utilizan este parámetro para medir su éxito como sociedad participadas.

Estas características parecen encontrarse en mayor medida en sociedades participadas por empleados que en otras sociedades. Estas características podrían obviamente tenerlas sociedades no participadas por empleados, si bien, normalmente, no están presentes o no con tanta intensidad.

La confianza en las sociedades participadas por empleados se basa en que la participación constituye una diferencia esencial en el compromiso de los empleados. La participación de empleados constituye un marco sólido sobre el que construir y preservar el compromiso de los empleados. Cuando un directivo escucha a su plantilla no está simplemente siguiendo

²³ «“Employee voice” se refiere a la participación de los empleados en influir en la toma de decisiones organizacionales [...] se logra a través de mecanismos informales y formales» https://en.wikipedia.org/wiki/Employee_voice, 11/10/2017, 19:22.

²⁴ Véase <http://employeeownership.co.uk/news/employee-ownership-britain-2014/>

una lista de control de la escuela de negocios, está pidiendo al empleado su opinión porque es una sociedad participada por empleados. Los empleados son más proactivos porque se trata de su empresa, no sólo porque les han pedido que participen en un programa de sugerencias de empleados.

Esta confianza puede explicarse porque la relación con la plantilla va más allá del contrato laboral. En sociedades no participadas por empleados, la relación del empleado con la empresa se materializa, por lo general, exclusivamente a través de su contrato de trabajo. La participación de empleados contribuye a mejorar esta relación. Pero, además, la participación en su empresa les da voz en la compañía como accionistas. Y en muchas sociedades participadas por empleados, además de tener voz como accionistas, los empleados también participan a nivel de administración, ya sea mediante un consejo de empleados o un representante en el consejo de administración. Por todo ello, la participación de empleados le ofrece al empleado una relación mucho más amplia con la empresa de lo que ocurre con otros modelos, y es una relación que nace de la forma de participación y administración de la sociedad.

Una característica típica y decisiva a resaltar en una sociedad participada por empleados es la ética. Las sociedades participadas por empleados suelen tener un fuerte sentido de finalidad. Normalmente, esto implica conservar la independencia de la empresa y del equipo de trabajo dentro de la empresa. Por lo general, se amplía a ser los mejores en lo que sea que haga la sociedad, quizás también con objetivos más amplios para beneficiar a la comunidad. La importancia de este aspecto se recalcó en el influyente Informe *MacLeod*²⁵, que definió el compromiso de los empleados como «un lugar de trabajo enfocado a garantizar que los empleados se comprometan con los objetivos y valores de la empresa, y estén motivados para contribuir al éxito de la empresa, al tiempo que tienen la capacidad de mejorar su sensación de bienestar».

El Informe *MacLeod* identificó cuatro factores impulsores del compromiso de los empleados. La participación de empleados interactúa positivamente con cada uno de ellos. Por tanto, no resulta sorprendente que el Informe *MacLeod* concluyese que «La participación de empleados era un activador significativo e inconfundible de un alto compromiso».

²⁵ MacLeod, D. and Clarke, N. Engaging for success: enhancing performance through employee engagement (Department for Business, Innovation and Skills), 2009.

2. Tipos de participación de empleados

Ciertas sociedades participadas por empleados tienen normalmente enfoques similares sobre el compromiso de los empleados, pero la participación puede clasificarse en función del tipo de participación accionarial que los empleados tengan en una sociedad. En términos generales, existen tres formas:

- **Directa:** en que los empleados pasan a ser titulares individuales de acciones gracias a uno o más planes de acciones con ventajas fiscales u otro tipo de planes.
- **Indirecta:** en que las acciones de una sociedad son detentadas colectivamente en nombre de los empleados, normalmente, en un *trust* de empleados; e
- **Híbrida:** en que existe una combinación de participación directa e indirecta de empleados.

La capacidad de elegir el tipo adecuado de participación de empleados para una determinada sociedad resulta muy útil. En más detalle²⁶:

2.1. Directa

La participación directa en acciones por parte de empleados está impulsada por los cuatro planes de acciones con ventajas fiscales que existen en el Reino Unido. No obstante, hay libertad para adoptar, de forma complementaria o alternativa, uno o más planes de acciones sin ventajas fiscales. Esto en el caso de que una sociedad no pueda o no quiera utilizar planes con ventajas fiscales.

Hay flexibilidad para, por ejemplo, tener un plan dirigido a incentivar a determinados empleados clave, y otro en el que participen todos los empleados. Si el objetivo es respaldar la participación de empleados, y no sólo su participación financiera, deben darse todos los elementos de la definición de participación, es decir, todo el accionariado en manos de todos los

²⁶ Este resumen de los tipos de participación de empleados procede un artículo ya publicado (Jennifer Martín and Graeme Nuttall, *Forms of employee ownership*, (Company Secretary's Review, Tolley's Practical Business Fortnightly For Companies), 2016, 39 CSR 21, 162) y se reproduce aquí con el permiso de Reed Elsevier (UK) Ltd.

empleados deberá representar una participación mayoritaria en la sociedad y utilizarse para sustentar el compromiso de los empleados.

Hay cuestiones a tener en cuenta cuando se decida por la participación directa:

- (i) algunas sociedades pueden rechazar la participación directa por los retos de su financiación. No quieren que cada empleado realice una inversión financiera personal o que le suponga costes adicionales a una sociedad. Toda sociedad que utilice el modelo de participación directa deberá, en especial, tener en cuenta que es posible que la sociedad necesite financiar un mercado interno de acciones. La sociedad podrá, en algún momento, necesitar fondos para garantizar la recompra de acciones de personas que dejen la empresa;
- (ii) puede existir la preocupación de que la participación individual pueda poner en peligro la independencia de la sociedad, y que sea más probable la venta a un tercero, cuando esto no sea parte de la estrategia de la sociedad;
- (iii) los acuerdos para introducir la participación directa o indirecta pueden ser similares en cuanto a complejidad. Pero, comparado con la participación indirecta, se requerirá más administración con la participación directa a largo plazo. Cada adjudicación de acciones requiere normalmente una tasación accionarial, decisiones sobre la adjudicación y verificar las consecuencias fiscales y contables antes de desplegar las comunicaciones y el programa de implementación necesario. Cada cesión posterior de acciones por un participante implicará su propia administración. Será necesario enviar declaraciones anuales a la *HM Revenue & Customs*;
- (iv) pueden existir diferencias generacionales dentro de la plantilla, relacionadas con las compensaciones financieras que generen el plan o planes de acciones; y
- (v) existen estudios que sugieren que algún tipo de voz «colectiva» de empleados, además de la influencia del empleado individual, ayuda a que la participación de empleados obtenga los mejores resultados.

A pesar de estos problemas, muchas sociedades creen firmemente que la participación directa es lo mejor para sus empresas. En estas sociedades se cree, normalmente, que cuando cada empleado tiene su propia partici-

pación, y quizás si han comprado las acciones con su propio dinero, es más probable obtener los beneficios de la participación de empleados.

2.2. Indirecta

El Informe Nuttall ayudó a que el modelo indirecto (o de *trust*) de participación de empleados adquiriera mayor relevancia. En 2014 se introdujo una exención al impuesto de plusvalía, sobre enajenaciones de una participación mayoritaria en un *trust* de participación, junto con una exención del impuesto sobre la renta para bonificaciones pagadas por sociedades controladas por un *trust*. Esto fue lo que despertó el interés en esta forma de participación de empleados.

Los beneficios de la participación fiduciaria son que los empleados de la sociedad (o, según el caso, de un grupo de sociedades):

- (i) saben que las acciones del *trust* son detentadas indefinidamente en su nombre; y
- (ii) tienen una voz colectiva a través del fiduciario del *trust*, sobre cómo la sociedad está participada y es dirigida.

En caso de que el *trust* posea un accionariado significativo, y que sustente un buen compromiso de los empleados, este cumplirá con la definición de participación de empleados.

Al contrario que la participación directa, si un accionariado está en manos de un *trust* de empleados:

- una vez financiada la adquisición inicial de acciones en el *trust* ya no hay necesidad de financiación. Por tanto, la participación fiduciaria elimina los problemas de financiar un mercado interno de forma continuada;
- el modelo fiduciario proporciona un método de participación estable y a largo plazo. Las acciones en manos de un *trust* pueden ser depositadas permanentemente en dicho *trust*. Esto contribuye a preservar la independencia de la sociedad. En lugar de que la decisión de vender acciones la tomen personas físicas (que actúan según sus preferencias), la toma un fiduciario (*trustee*), siguiendo las condiciones del *trust*;
- se evitan las complejidades de gestionar la participación directa de empleados. La posición fiscal de acciones indefinidamente en manos de un *trust* es sencilla. Las acciones quedan en manos de *trusts* discre-

cionales (y no se asignan a empleados particulares), de modo que no existen obligaciones fiscales ni del empleado ni del empresario. La principal cuestión administrativa es decidir quién estará en el consejo de administración de las sociedades fiduciarias (véase más abajo); y

- existe una clara voz colectiva por parte de los empleados, a través del fiduciario del *trust*. El fiduciario puede actuar como voz colectiva de todos los empleados, y como garante de los principios de la sociedad respecto a la participación de empleados.

Muchas sociedades creen que la fórmula fiduciaria de participación es la mejor fórmula por dichas razones.

Existen cuestiones a tener en cuenta cuando se decida por la participación indirecta, como:

- el alcance de la participación financiera por parte de los empleados es mucho más limitado. Los empleados no realizan plusvalías personalmente. Aun así, la anteriormente indicada exención de impuestos sobre la renta es una forma simple y fiscalmente efectiva para que los empleados perciban una compensación de una sociedad participada por empleados. Esto se opone a tener que adquirir acciones para percibir dividendos; y
- dado que los empleados no tienen la posesión de las acciones, puede ser más difícil demostrar la «titularidad» de estos individuos, y obtener todas las ventajas de la participación de empleados.

2.3. Híbrida

Algunas sociedades adoptan un formato híbrido de participación, en que algunas acciones están directamente en manos de empleados, y otras indirectamente mediante un *trust* de trabajadores. Con esto se obtienen las ventajas de las dos formas de participación.

Una mayoría de las acciones de la sociedad podría quedar en manos de, por ejemplo, un *trust* de participación, y el resto pertenecer directamente a los empleados mediante uno o más planes de acciones.

Hay margen para acuerdos a medida que se ajusten a los requisitos específicos de una sociedad (o grupo). Las flexibles leyes societarias del Reino Unido pueden aplicarse de forma creativa.

Es posible, por ejemplo, crear una clase de acciones que sólo proporcione ciertas prestaciones a los empleados accionistas. Una sociedad puede querer que los empleados posean directamente derechos de voto, con un *trust* de empleados que detente las acciones que incorporen todos los derechos económicos (o viceversa). Pero si se emplea un *trust* de participación, éste deberá tener una participación mayoritaria para obtener las ventajas de la exención del impuesto sobre la renta y de la exención del impuesto de plusvalía.

En esta guía se explicará a continuación cómo implantar y mantener estos tipos de participación en el Reino Unido.

III. CÓMO INTRODUCIR Y MANTENER LA PARTICIPACIÓN DE EMPLEADOS

1. *Introducción y mantenimiento de la participación indirecta (trust)*

La participación fiduciaria implica que el fiduciario de un *trust* de empleados se convierta en accionista. Existen dos aspectos principales sobre esto: constituir el *trust* y conseguir que el *trust* adquiera su accionariado. Existen también importantes consideraciones fiscales. Una vez el *trust* tiene su accionariado permanente, la administración a largo plazo es relativamente sencilla. En más detalle:

1.1. Constitución de un *trust* de empleados²⁷

Un *trust* (a veces llamado «*settlement*») requiere de alguien que cree el *trust* (fiducia), conocido como el «fideicomitente» o *settlor*. Los términos del *trust*, incluida la definición de la clase de beneficiarios, deben ser claros. Debe haber un fondo fiduciario (es decir, el patrimonio depositado en el *trust*) y, como se ha resaltado, un fiduciario que administre el *trust*.

El *trust* se crea normalmente mediante un documento conocido como «escritura fiduciaria» formalizada entre el fiduciario y el fideicomitente o *settlor*. Este documento (la constitución del *trust*) establece los términos de la fiducia y define los beneficiarios. La escritura fiduciaria fija diferentes

²⁷ Partes de esta explicación proceden de un artículo ya publicado (Graeme Nuttall, *Securing the succession*, (Taxation), 2014, July 24, pp. 14-17) y se reproducen mediante autorización.

poderes del fiduciario. Es posible aplicar límites y condiciones a determinados poderes, por ejemplo, el poder de vender acciones. Existen normas fiscales que condicionan la redacción de la escritura fiduciaria. Entender estas normas fiscales y, en especial, la importancia del «requisito de todos los empleados» son claves para decidir qué tipo de *trust* utilizar.

Hasta el 5 de abril de 2014, un *trust* de empleados se redactaba normalmente para satisfacer los requisitos de la sección 86 de la Ley de Impuestos de Sucesiones (llamado un «***trust* de la sección 86**»).

Las exenciones del impuesto sobre el *trust* de participación de los trabajadores significan ahora que el tipo de *trust* empleado probablemente también satisfaga el requisito de beneficios para todos los empleados de la sección 236J de la Ley de Tributación de Ganancias Imponibles de 1992.

236J Requisito de beneficios para todos los empleados.

(1) Un acuerdo satisface el requisito de beneficios para todos los empleados si los *trusts* del acuerdo:

(a) no permiten que se aplique el patrimonio fiduciario, en ningún momento, a menos que sea en beneficio de todos los empleados aptos y en las mismas condiciones,

(b) no permite que los fiduciarios apliquen en ningún momento el patrimonio fiduciario:

(i) creando un *trust*, o

(ii) transfiriendo el patrimonio a los fiduciarios de cualquier acuerdo sólo mediante una transferencia autorizada,

(c) no permite a los fiduciarios realizar préstamos a beneficiarios de los *trusts*, y

(d) no permite a los fiduciarios u otras personas modificar los *trusts* de forma que los *trusts* modificados no cumplan con alguno o varios de los anteriores párrafos (a) hasta (c).

(Véase específicamente las sub-secciones 236J (3) y (4) para la definición de «empleado apto», sub-sección 236J (7) para la definición de «transferencia autorizada» y sección 236K en relación al requisito de la sección 236J (1)(a)).

Al contrario que los *trusts* de la sección 86, mientras que un fiduciario puede realizar una distribución en condiciones personalizadas a determinados beneficiarios, un *trust* de participación requiere, con algunas pocas excepciones, que todos los empleados se beneficien de todas las distribuciones. Asimismo, dichas distribuciones deben ser «en las mismas condiciones». La distribución en un *trust* de participación debe ofrecer el mismo importe a todos los empleados, o diferir solo por motivo de la remuneración, antigüedad u horas trabajadas. El fiduciario de un *trust* de participación no deberá estar autorizado, en ningún momento, a realizar préstamos a beneficiarios de dicho *trust*. Esta es otra diferencia significativa respecto al *trust* de la sección 86. Los préstamos libres de intereses y de otro

tipo a favor de determinados empleados que sean beneficiarios, no infrin- girían las cláusulas de la sección 86 (si bien otras normas fiscales podrían impedir que se hicieran dichos préstamos)²⁸. Existen otras diferencias. Las personas de una clase definida en función de un matrimonio o unión civil, o relación o dependencia con empleados (o ex empleados) no pueden estar entre los beneficiarios de un *trust* de participación. Estos pueden ser incluidos en los beneficiarios de un *trust* de la sección 86.

Aquellos que quieran una participación fiduciaria permanente de acciones están normalmente preparados para aceptar estas otras restriccio- nes al *trust* de participación. El *trust* de participación tendrá, sin duda, me- nos flexibilidad para responder a los cambios que el *trust* de la sección 86, pero en muchos aspectos los requisitos de este tipo de *trust* hacen que la propuesta de participación indirecta sea más clara y más sencilla de expli- car. Un *trust* de participación está diseñado para retener las acciones per- manentemente, y no está realmente pensado como vehículo mediante el cual los empleados perciban prestaciones financieras. Una vez entendido esto, el resto de restricciones del *trust* de participación se hacen mucho más aceptables. Por ejemplo, si un empleado solicita un préstamo (por ejemplo, un abono mensual o un préstamo urgente) se lo puede facilitar su empresa y no el fiduciario. Asimismo, como se explica más abajo, en lugar de recibir dividendos y distribuirlos, el fiduciario es más probable que gestione las bonificaciones que pagará la compañía.

Para constituir un *trust* de la sección 86 o uno de participación, existen otros aspectos técnicos que no tratamos en esta guía.

Otros puntos a tener en cuenta para constituir un *trust* incluyen:

- (i) el fideicomitente es normalmente la compañía empleadora. Esta sociedad aporta un importe nominal en efectivo cuando se otorga la escritura fiduciaria, para que el *trust* disponga de un fondo fidu- ciario inicial. En un grupo de sociedades, el fideicomitente suele ser la sociedad matriz. Las siguientes referencias a la «compañía empleadora» se entenderá que se refieren a la matriz de un grupo de sociedades, según el caso;
- (ii) El fiduciario es normalmente una sociedad con domicilio en el Rei- no Unido constituida únicamente con el fin de actuar como fidu- ciario. Dicha sociedad es fácil de administrar con un mínimo de requisitos legales. Este enfoque proporciona también una respon-

²⁸ Income Tax (Earnings & Pensions) Act 2003, parte 7A.

sabilidad limitada y la libertad de decidir quién estará en el consejo de administración de la sociedad fiduciaria. No existen normas establecidas sobre quién está en el consejo de administración de la sociedad fiduciaria. Una composición que puede verse es la llamada composición «paritaria». Esto significa que:

- (A) algunos administradores son nombrados por el consejo de administración de la compañía empleadora;
- (B) el mismo número se selecciona (o se elige) de entre todos los empleados; y
- (C) con uno o más administradores independientes (incluyendo, por ejemplo, un asesor profesional).

Por contra, existen complicaciones administrativas (y posibles responsabilidades personales) si un grupo inevitablemente cambiante de individuos actúan personalmente como fiduciarios. Si se nombra a una sociedad fiduciaria profesional, existirán restricciones sobre quién puede estar en el consejo de administración, así como los honorarios profesionales que se tendrán que abonar.

(Una sociedad fiduciaria sin domicilio fiscal en el Reino Unido quedaría fuera del impuesto de plusvalía si vendiera acciones, pero si el *trust* estuviera destinado a retener acciones permanentemente esto puede descartarse); y

- (iii) no existe el requisito de notificar a la *HM Revenue & Customs* ni a otra autoridad la constitución del *trust* de empleados, a menos y hasta que haga algo relevante a efectos fiscales.

1.2. Disponer lo necesario para que el *trust* adquiriera acciones

El *trust* puede adquirir acciones existentes o suscribir acciones de nueva emisión. En el último caso, el *trust* de empleados puede recibir fondos de la compañía empleadora y usarlos para suscribir nuevas acciones. Esto diluiría la participación de otros accionistas. Las acciones pueden adquirirse de esta forma para otorgarle al *trust*, por ejemplo, un pequeño accionariado inicial para demostrar a los empleados su compromiso con la participación de empleados, y empezar a generar confianza en el modelo empresarial.

Existen exenciones fiscales que apoyan una participación mayoritaria en un *trust* de la sección 86 o un *trust* de participación²⁹. Pero el escenario habitual es que existan accionistas familiares o fundadores que deseen pasar a la participación de empleados vendiendo sus acciones. A continuación, se explica esquemáticamente qué comporta que un fiduciario adquiera un *holding* de control comprando acciones existentes. No existen compradores externos y por eso la compra es financiada por la sociedad pertinente. Una versión simplificada de este proceso se aplicaría si un fiduciario comprara una participación pequeña de un accionista existente. En el ámbito de la implantación de una solución de transmisión de la participación, el modelo del *trust* es normalmente el punto de partida, y las exenciones al impuesto fiduciario de la participación refuerzan este enfoque. Si el fiduciario de un *trust* de empleados compra acciones de titulares existentes, esto:

- (i) proporciona una forma sencilla de coordinar la financiación de la participación. En la mayoría de circunstancias, los empleados no están en condiciones de comprar por sus propios medios una proporción importante del capital social. Si se utiliza un *trust*, se puede financiar con aportaciones de la sociedad. Una sociedad puede, por ejemplo, acumular fondos para la compra, hasta que esté lista para hacer una aportación en efectivo al fiduciario del *trust*, para financiar así la compra de acciones del *trust* de accionistas existentes; y
- (ii) es más sencillo gestionar las negociaciones si se realizan con un solo fiduciario (es decir, con su consejo de administración), en lugar de directamente con un grupo amplio de empleados.

Los documentos típicos para implementar una compra por parte de empleados son:

- (A) un acuerdo de compra de acciones formalizado entre los vendedores y el fiduciario (quizás con la compañía empleadora como una de las partes);
- (B) actas de las reuniones del consejo de administración (y de los socios) de la sociedad y del fiduciario para autorizar todas las transacciones;

²⁹ En relación a los trusts de la sección 86, estas exenciones fiscales se encuentran principalmente en la sección 28 de la Ley del Impuesto de Sucesiones de 1984, y la sección 239 de la Ley de Tributación de Ganancias Imponibles de 1992.

- (C) formularios de traspaso de capital (y los correspondientes certificados de acciones);
- (D) nuevos estatutos de constitución de la compañía empleadora, para reflejar su nuevo estatus como titular mayoritario del *trust* (y un acuerdo especial de los socios para adoptarlos). Estos estatutos pueden establecer, por ejemplo, que un comité de empleados colabore con el consejo de administración, y/o el derecho a tener un representante de los empleados en el consejo de administración; y
- (E) un acuerdo de los accionistas (si sigue habiendo accionistas minoritarios junto al fiduciario).

Esta lista asume que no exista financiación bancaria u otra fuente externa de financiación. Si la sociedad no puede entregarle inmediatamente al fiduciario el precio íntegro de compra, los vendedores pueden acordar aceptar una compensación en diferido en forma de cuotas (conocida como financiación de vendedores). En algunos casos, la sociedad puede solicitar un préstamo al banco (con o sin aval) para hacer aportaciones mayores al fiduciario, y así acelerar los pagos a los accionistas vendedores. También es posible obtener financiación de capital siempre que sea compatible (por ejemplo, acciones preferentes) con la participación de empleados, y los inversores apoyen los objetivos de la sociedad participada por empleados.

La anterior no pretende ser una guía exhaustiva sobre el proceso de compra por parte de empleados. Es necesario hacer otras gestiones, como que el fiduciario verifique que el precio de compra propuesto no sea demasiado alto, obteniendo para ello el asesoramiento de un tasador independiente. El plan de acciones será amplio y podrá incluir cambios en la dirección y quizás en la contratación, para ajustarse a la jubilación o a un menor compromiso de los accionistas vendedores. La compra por parte de empleados requerirá un plan de comunicación con ellos para explicarles los cambios. Podrá haber consultas con sindicatos³⁰.

³⁰ Para más información sobre la opinión del UK Trades Union Congress sobre la participación de empleados, véase Graeme Nuttall, *Trade Unions and employee ownership: A good mix lost in the myths* (Touchstone), 2013. Extraído de <http://touchstoneblog.org.uk/2013/07/trade-unions-and-employee-ownership-a-good-mix-lost-in-the-myths/>

1.3. Consideraciones fiscales

Existen importantes consideraciones fiscales. Los siguientes párrafos solo pretenden destacar algunos puntos clave. Concretamente, desde 2014 existen ventajas fiscales por utilizar un *trust* de participación que deben ser tenidas en cuenta. Una vez aceptada la idea de una compra de *trust* de empleados, tiene que acordarse la propuesta tributaria básica, esto es, que:

- (i) la compañía empleadora no obtendrá deducciones fiscales por las aportaciones voluntarias que haga al fiduciario para la compra de acciones porque, en términos generales, los empleados no recibirán nunca prestaciones tributables (porque las acciones se depositarán permanentemente en el *trust*)³¹;
- (ii) el fiduciario recibe la aportación voluntaria libre de impuestos. El análisis fiscal no es sencillo pero, en términos simples, una donación no es un ingreso tributable para el fiduciario; y
- (iii) el titular deberá realizar una plusvalía cuando el fiduciario le pague por sus acciones. (El tratamiento de las plusvalías en el Reino Unido ha sido, históricamente, un tratamiento fiscal más favorable al de la percepción de ingresos.).

Si el titular desea seguir adelante con la compra de un *trust* de empleados, se suele aconsejar solicitar la autorización a la *HM Revenue & Customs*, en virtud de la sección 701 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de 2017, y confirmar que el pago o pagos propuestos por la sociedad fiduciaria al titular no serán considerados, en efecto, como dividendos encubiertos (y por tanto gravados como ingresos). Asumiendo que los acuerdos no tengan como objetivo primordial, o como uno de sus objetivos primordiales, obtener la ventaja del impuesto sobre la renta, la solicitud será aceptada.

Como norma general, las compras de acciones existentes suelen estar obligadas a un impuesto de timbre del 0,5% de la contraprestación. No existe ningún impuesto sobre aportaciones o impuesto de timbre sobre la emisión de nuevas acciones.

Asimismo, si el *trust* empleado es un *trust* de participación, el comprador dispondrá de una exención fiscal ilimitada sobre el impuesto de plusvalía (asumiendo que sea persona física y no sociedad).

³¹ Corporation Tax Act 2009, Part 20, Chapter 1, section 1290.

Exención del impuesto de plusvalía en *trusts* de participación

El propietario de una empresa normalmente prevé pagar un impuesto de plusvalía a un tipo efectivo del 10%, cuando la vende debido a la exención empresarial³². En términos generales, si una participación mayoritaria se vende a un *trust* de participación, a partir del 6 de abril de 2014 existe una exención total del impuesto de plusvalía (sección 236H de la Ley de Tributación de Plusvalías de 1992). Este ahorro en el impuesto es poco probable, por sí mismo, que convenga a un titular de elegir comprar un *trust* de empleados por encima de otra vía alternativa, pero ciertamente llama la atención sobre esta idea.

Esta exención del impuesto de plusvalía ayuda también, por ejemplo, a disipar preocupaciones sobre el precio. En ausencia de una oferta de terceros, el titular puede dudar de si está obteniendo el precio adecuado: el ahorro fiscal adicional puede facilitar acordar un precio.

La exención del impuesto de plusvalía contribuye a que las conversiones a la participación se produzcan antes. Una sociedad puede tener la idea de que un *trust* adquiera en principio un accionariado minoritario para adquirir más tarde una participación mayoritaria en una fecha posterior. Lo que está ocurriendo, en respuesta a la exención del impuesto de plusvalía del *trust* de participación, es que los titulares están acordando vender una participación mayoritaria al *trust* de participación de una sola vez, y financiarlo mediante pagos a plazos. La exención al impuesto de plusvalía hace que la financiación de los vendedores sea mucho más fácil de gestionar.

A diferencia de las complejidades que pueden derivarse de la exención empresarial, solicitar la exención del impuesto de plusvalía sobre el *trust* de participación en virtud de la sección 236H es relativamente sencillo. Los requisitos para la exención son, en resumen:

- (A) la sociedad en cuestión es una sociedad mercantil o la principal de un grupo mercantil;
- (B) el *trust* cumple con el requisito de beneficiar potencialmente a todos los empleados;
- (C) el *trust* no cumple el requisito de participación mayoritaria inmediatamente antes del inicio del ejercicio fiscal en que se produce la enajenación, pero lo cumple durante el ejercicio fiscal hasta la finalización del mismo,

³² Véase <https://www.gov.uk/entrepreneurs-relief/eligibility>.

(D) se cumple el requisito de participación limitada (véase más abajo),
y

(E) la sección 236H no se aplica en relación con enajenaciones por parte del solicitante o una persona vinculada con éste que se produzcan en un ejercicio fiscal anterior.

Asumiendo que se solicita una exención del impuesto de plusvalía, existen determinadas circunstancias inhabilitantes (por ejemplo, dejar de cumplir el requisito de participación mayoritaria o de actividad mercantil) que desencadenarán una supuesta enajenación y readquisición por parte del fiduciario del *trust* de las correspondientes acciones. Evitar estas circunstancias (y el consiguiente cargo fiscal «para ponerse al día») queda, en su mayor parte, bajo el control del fiduciario, y estos riesgos son aceptables para los fiduciarios.

El requisito de actividad se aplica a los conceptos que resultan familiares de otras disposiciones fiscales del Reino Unido, por ejemplo, que las actividades no mercantiles no deben ser sustanciales. El requisito de participación limitada puede ser un obstáculo en sociedades con relativamente pocos empleados, en comparación con el número de accionistas que son empleados o directivos y que podrían beneficiarse de la exención del impuesto de plusvalía. Este requisito busca negar la exención del impuesto de plusvalía en algunos casos en que la proporción de «participantes» que se benefician de la exención del *trust* de participación a favor de empleados es superior a los dos quintos.

1.4. Administración del *trust*

Cuando un *trust* ha comprado una participación permanente, mantener esta situación es relativamente sencillo, asumiendo que todo vaya bien con la sociedad que el fiduciario controla. Existe libertad para definir las funciones del fiduciario. Una función que se adopta con frecuencia es la de custodiar los valores de la sociedad de los empleados. El consejo de administración del fiduciario se reunirá periódicamente, tal vez sólo una vez al año, para comprobar que la sociedad (o el grupo) que controlan está cumpliendo los valores exigidos y, en especial, que aplica una filosofía de participación de empleados. Otro enfoque es involucrar más al fiduciario en tomas de decisiones, y que las responsabilidades directivas se compartan entre el consejo de administración de la compañía empleadora y el del fiduciario.

Una responsabilidad fundamental de un fiduciario es casi siempre garantizar que las políticas de remuneración de la sociedad sean consecuentes con los principios de la participación de todos los empleados.

Muchas sociedades retribuyen a los altos directivos en función de los beneficios (a menudo con paquetes de retribución basadas en capital) pero sin ampliar esto a todos los empleados. La distribución de beneficios entre todos los empleados es una característica habitual en las sociedades participadas. Además de que cada empleado perciba su salario y prestaciones y, posiblemente, retribuciones vinculadas al rendimiento, a menudo comparten los beneficios de la sociedad con todos los empleados. Esto puede lograrse mediante adjudicaciones periódicas bajo un plan de acciones de empleados o mediante bonificaciones en efectivo. Si una sociedad sólo tiene participación indirecta, tendrá que gestionar un plan de reparto de beneficios en efectivo.

Un plan típico de reparto de beneficios en efectivo establecerá el reparto de beneficios para un periodo financiero concreto, beneficios disponibles para el pago en forma de bonificaciones a todos los empleados. Los pagos individuales del conjunto de bonificaciones, si no son del mismo importe, normalmente se pagarán proporcionalmente a la retribución o paga del empleado, antigüedad u horas trabajadas. Las sociedades son libres para idear y gestionar un plan de bonificaciones en efectivo que ellas mismas elijan.

Si una sociedad está controlada por el fiduciario de un *trust* de participación, esta querrá aprovecharse de la exención del impuesto sobre la renta para determinados pagos de bonificaciones, tanto como sea posible. Un plan de bonificaciones que pueda acceder a la exención del impuesto sobre la renta puede gestionarse junto con otro plan (en que las bonificaciones estén sujetas a las responsabilidades habituales para el impuesto sobre la renta y aportaciones a la seguridad social).

Exención del impuesto sobre la renta del *trust* de participación.

Desde el 1 de octubre de 2014, la exención del impuesto sobre la renta proporciona a las sociedades un incentivo fiscal para que pasen a ser controladas por un *trust* de participación [Income Tax (Earnings and Pensions) Act 2003, Part 4, Chapter 10^a].

Si un *trust* de participación posee una participación mayoritaria en una sociedad, existe una exención del impuesto sobre la renta de hasta 3.600 £ por empleado y ejercicio fiscal sobre los pagos de bonificaciones cualificados (y siguen siendo de aplicación las obligaciones de aportar a la segu-

ridad social). Será la sociedad empleadora, y no el fiduciario del *trust* de participación, la que deberá pagar las bonificaciones.

Los requisitos de exención del impuesto sobre la renta son relativamente sencillos, especialmente si la fórmula del plan es también simple³³. La bonificación debe ser una bonificación genuina. El pago no deben ser:

- (i) salarios o sueldos regulares; o
- (ii) recibidos, en términos generales, como contrapartida por renunciar al derecho de recibir ingresos generales, rentas de trabajo concretas u otras formas de renta de trabajo.

Una bonificación debe pagarse en virtud de un modelo que, en términos generales, realice adjudicaciones a todos los empleados actuales de la empresa (o, si es el caso, a todos los empleados de un grupo). Este es el «requisito de participación». Si se le hace un pago a un antiguo empleado, deberá hacerse en los 12 meses posteriores a su finalización del contrato. El modelo también debe cumplir el «requisito de igualdad». El requisito de participación y el de igualdad se explican más abajo.

Las otras condiciones habilitantes se refieren a la empresa y a sus acuerdos de participación y gestión. La empresa (que no puede ser una compañía de servicios)³⁴ debe cumplir con:

- (A) «requisito de participación indirecta de empleados» (es decir, ser controlado por un *trust* de participación) a lo largo de un periodo habilitante de normalmente 12 meses;
- (B) «requisito de actividad» a lo largo de un periodo habilitante; y
- (C) «requisito de ejercer un cargo» en la fecha en que se hagan los pagos y a lo largo de un periodo habilitante (hasta un máximo de 90 días).

³³ Esta explicación procede de un artículo ya publicado (Graeme Nuttall and Jennifer Martín, Back to basics: the income tax exemption for employee bonuses (Tax Journal) 2014, December 13).

³⁴ Income Tax (Earnings and Pensions) Act 2003, Part 4, Chapter 10A, section 312G. En esta guía se da por entendido que la sociedad de la que hablamos no es de servicios, es decir, en términos generales, una sociedad cuya actividad consista principalmente en la provisión de servicios de sus empleados a una persona que controla la sociedad o que está bajo el control común. Existen también restricciones a las sociedades de servicios (según se han definido) que constituyan un SIP y a algunos proveedores de servicios o instalaciones que constituyan un acuerdo EMI.

Como ya se ha dicho antes, el requisito de actividad se aplica a conceptos que resultan conocidos de otras disposiciones fiscales en el Reino Unido. El requisito de ejercer un cargo evita que la exención del impuesto sobre la renta se aplique cuando la proporción de administradores y otros cargos (y empleados relacionados) en relación con empleados y cargos sea superior a dos quintos. La exclusión de 90 días permite contratar para superar las moratorias previas al pago de bonificaciones.

Requisito de participación

Es posible excluir a los últimos en incorporarse, estableciendo un periodo habilitante mínimo no superior a 12 meses. Los empleados también pueden ser excluidos en algunas circunstancias relacionadas con asuntos disciplinarios. En virtud de esto, los pagos de bonificaciones deben adjudicarse a todo el que esté empleado por la empresa (o el grupo) cuando se determine la adjudicación.

La legislación reconoce que la fecha de pago suele ser posterior a la fecha en que se determine la adjudicación. Permite que determinados asuntos disciplinarios impidan a un empleado recibir una adjudicación a la que tiene derecho. Aparte de esta excepción, un individuo contratado en la fecha de determinación debe recibir la bonificación, incluso si ha causado baja en la fecha de pago (se recuerda que un pago de bonificación debe hacerse en los 12 meses siguientes a la finalización del empleo).

Requisito de igualdad

Todos los empleados aptos deben participar en las «mismas condiciones». No obstante, la legislación prevé que este requisito de igualdad no se infringirá si una adjudicación se determina en función de la remuneración, antigüedad u horas trabajadas.

Una adjudicación puede determinarse en función de más de uno de estos factores, pero cada factor debe dar lugar a una asignación distinta, y la asignación total debe ser la suma de dichas asignaciones y no el producto. Asimismo, el modelo no deberá beneficiar de forma desproporcionada a ningún grupo de empleados que reúnan los requisitos.

2. Introducción y mantenimiento de la participación directa

La participación directa significa que los empleados se convierten en accionistas a título personal. Esto implica crear un plan (o planes) adecuados, decidir la procedencia de las acciones a utilizar en el plan y la admi-

nistración continuada de cada plan. Existen también importantes consideraciones fiscales.

En más detalle:

2.1. Crear un plan

Todos los planes tendrán una serie de normas junto con documentos que se utilizarán para otorgar y ejercer opciones o adjudicaciones sobre acciones. Los documentos adicionales requeridos variarán según el tipo de plan. En cuanto a los planes con ventajas fiscales:

- (i) el SIP requiere que una escritura de *trust* cree una forma especial de *trust* de empleados con domicilio fiscal, un *trust* SIP, para depositar las acciones adjudicadas. También se realizan contratos con empleados: un acuerdo de acciones gratuitas (si va a haber una adjudicación de acciones gratuitas) y un acuerdo de participaciones sociales (si va a haber una compra de participaciones por parte de los empleados); y
- (ii) los otros tres planes con ventajas fiscales son todos planes de opciones sobre acciones, que implican documentos complementarios como certificaciones de opciones y avisos de ejercicio. El plan SAYE también requiere un acuerdo de ahorro entre la institución financiera y cada participante.

Asimismo, en una sociedad privada, los cambios en los estatutos pueden requerir que se cree, por ejemplo, una clase especial de acciones a utilizar en el plan, o añadir cláusulas específicas por las que se requiera que el empleado ponga acciones a la venta cuando deje la empresa.

Al igual que con los anteriores documentos, la sociedad tendrá un plan de comunicaciones que promueva la participación de los empleados en el plan. Si participa un gran número de empleados, será necesario un proceso de solicitud telefónica u online. Existen administradores especializados en planes que pueden ofrecer estos servicios.

En el caso del plan con ventajas fiscales, todos estos documentos (incluyendo comunicaciones con empleados) deberán cumplir las normativas legales aplicables³⁵.

³⁵ Ley del Impuesto sobre la Renta (Ingresos y Pensiones) 2003.

El trust SIP ya mencionado requiere un fiduciario. Este fiduciario trabaja con la compañía que constituyó el SIP para administrar el SIP. El fiduciario del SIP es normalmente una sociedad fiduciaria profesional o, como se ha indicado en relación con otros *trusts* de empleados, una sociedad fiduciaria especialmente constituida y asociada con la compañía empleadora.

Normalmente es el consejo de administración de la compañía empleadora quien decide constituir un plan (aunque puede necesitarse autorización de los accionistas).

Existen normas específicas sobre quién puede o debe participar en las adjudicaciones en virtud de los planes con ventajas fiscales. Si la sociedad cuyas acciones son objeto de una opción, es una sociedad cerrada a efectos fiscales (lo que significa que está controlada por sus administradores o por cinco personas o menos) entonces, por ejemplo, un individuo que controle más del 30% del capital social no puede participar en un acuerdo EMI o CSOP. Las normas de «interés material» son más amplias y existen para prohibir, a cualquiera que tenga un interés sustancial en la sociedad, ampliarla mediante un plan de acciones con ventajas fiscales. Esto no suele ser un obstáculo en una sociedad participada por empleados.

Una vez constituido el plan existen requisitos de conformidad del *HM Revenue & Customs*. En relación con todos los planes (con ventajas fiscales o no) existe la obligación de registrar el plan desde un servicio online y presentar una declaración online anual al *HM Revenue & Customs* hasta el 6 de julio de cada año. Un nuevo plan SIP, SAYE o CSOP debe registrarse o certificarse online como conforme con las leyes aplicables ante el *HM Revenue & Customs* hasta el 6 de julio posterior al fin del ejercicio fiscal en que se realicen las primeras adjudicaciones. Si una sociedad otorga opciones EMI deberá notificarlo a la *HM Revenue & Customs* utilizando el servicio online en el plazo de 92 días desde la fecha de otorgamiento.

En cuanto a las sociedades que no coticen en un mercado de valores reconocido (según se define), debe acordarse una tasación accionarial con el *HM Revenue & Customs* antes de realizarse las adjudicaciones en virtud de un plan SIP, SAYE o CSOP, y esto es muy recomendable para las opciones EMI. Resultará muy útil la habilidad de acordar con el³⁶ *HM Revenue & Customs* cuál es el valor de mercado. En concreto ayuda a garantizar que

³⁶ El «valor de mercado» es normalmente el valor empleado a efectos fiscales en relación a los planes de acciones de empleados. Véase <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/employment-related-securities/ersm20400>

las adjudicaciones se realizan dentro de los límites del plan (véase más abajo). El valor de mercado a fin de aplicar los límites del plan se calcula generalmente tras descartar las restricciones que se puedan aplicar a las acciones.

2.2. Origen de las acciones del plan

En términos generales, en un plan de acciones se pueden utilizar tanto acciones existentes como acciones de nueva emisión.

Un enfoque típico para un plan de opciones sobre acciones es que la sociedad emita nuevas acciones, cuando sea necesario, y satisfacer el ejercicio de opciones sobre acciones. En cuanto a una SIP, el fiduciario podría adquirir acciones existentes o suscribir nuevas acciones, y utilizarlas para hacer adjudicaciones a participantes. Lo que ocurre a menudo es que un *trust* de la sección 86 (según se ha descrito antes) se utiliza como almacén. Su fiduciario puede adquirir acciones de accionistas existentes y conservar estas acciones hasta que sea necesario para satisfacer el ejercicio de opción sobre acciones y adjudicar acciones a los empleados. Una fiducia como esta puede constituirse en Guernsey o Jersey, por ejemplo. Esto comportará que no tenga domicilio fiscal en el Reino Unido y que no esté sujeta al impuesto de plusvalía del Reino Unido sobre enajenación de acciones. Un fiduciario puede jugar un papel activo como creador de mercado, intentando hacer coincidir ventas y compras de acciones por parte de empleados en los «días de negociación» prescritos o a lo largo un periodo de tiempo. También es posible ahora que las sociedades privadas del Reino Unido compren acciones y las depositen en auto-cartera para apoyar a los planes de acciones³⁷.

La financiación de estos acuerdos debe considerarse con detenimiento. En última instancia, la compañía empleadora puede necesitar facilitar apoyo financiero para garantizar que los empleados puedan vender las acciones, por ejemplo, realizando aportaciones voluntarias o (en función de las consideraciones fiscales)³⁸ realizar préstamos al fiduciario de un *trust* de la sección 86 para permitirle comprar las acciones en venta.

³⁷ Véase <https://www.gov.uk/government/consultations/employee-ownership-and-share-buy-backs-consultation-on-implementation-of-nuttall-review-recommendations>.

³⁸ Véase <https://www.gov.uk/government/publications/corporation-tax-rate-of-tax-for-the-loans-to-participants-charge>.

Como norma general, las compras de acciones para planes de acciones, como con otras compras de acciones en el Reino Unido, incurren en una obligación del impuesto sobre actos jurídicos documentados del 0,5% de la contraprestación.

En cuanto a los planes con ventajas fiscales, las acciones utilizadas deben ser acciones ordinarias, totalmente desembolsadas y no rescatables. Asimismo, en cuanto a los planes con ventajas fiscales en sociedades privadas, las acciones deben ser acciones de la sociedad matriz si existe un grupo de sociedades. Una sociedad controlada por un *trust* de participación puede gestionar un plan de acciones con ventajas fiscales.

Existe una exención del impuesto de plusvalía para personas, excepto sociedades, que vendan acciones al fiduciario de un SIP y que reinviertan los beneficios de la venta en activos imputables (según se han definido) dentro de un plazo concreto³⁹. Las condiciones exigen que el fiduciario del SIP adquiera al menos el 10% de todo el capital social ordinario de la sociedad.

Es posible que un plan utilice una clase especial de acciones. En principio, las acciones sujetas a restricciones pueden usarse incluso en planes de acciones con ventajas fiscales. Pero hay que tener en cuenta determinadas normas. Por ejemplo, en una SIP los tipos de adjudicaciones conocidas como participaciones sociales y acciones de dividendos no pueden estar nunca sujetas a una cláusula de decomiso. Asimismo, si una sociedad tiene más de una clase de acciones, a efectos del plan SAYE y CSOP existen otros requisitos que deben cumplirse para garantizar que las acciones adjudicadas son, como dice la *HM Revenue & Customs*, «worth having» (valen la pena)⁴⁰.

2.3. Consideraciones fiscales

Existen normas fiscales muy específicas relacionadas con la adjudicación de acciones de empleados y con las opciones sobre acciones.

Como norma general, cuando los empleados reciben acciones (u otros títulos) de su empresa como gratificación por su trabajo, el «valor moneta-

³⁹ Ley de Tributación del Impuesto de Plusvalías Imponibles 1992, Anexo 7C.

⁴⁰ Véase <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/employee-tax-advantaged-share-scheme-user-manual/etassum33210> y <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/employee-tax-advantaged-share-scheme-user-manual/etassum43300>

rio» de las acciones (menos lo que el empleado pague por ellas) normalmente tributará como ingresos. El tratamiento de la remuneración obtenida mediante acciones es esencialmente el mismo que para otras formas de remuneración, como efectivo o prestaciones. El principio es someter al impuesto sobre la renta y a las aportaciones de la seguridad social el valor que el empleado perciba como gratificación por sus servicios en el momento en que accedan a dicho valor. Una vez pagados estos impuestos, el crecimiento comercial normal en el valor de la acción queda generalmente dentro del régimen fiscal de las plusvalías.

En términos generales, existe una legislación amplia en la Ley del Impuesto sobre la Renta (Ingresos y Pensiones) de 2003, que regula los acuerdos cuando los ingresos arriba descritos no gravan el valor total de la gratificación percibida. La legislación, por ejemplo, proporciona un tratamiento fiscal normal para las opciones sobre acciones. Esto quiere decir que no existe responsabilidad fiscal para los empleados que reciben una opción. En lugar del impuesto sobre la renta (y dependiendo de las circunstancias), las aportaciones a la seguridad social se aplican cuando se ejerce la opción sobre la diferencia entre el actual valor de mercado de las acciones adquiridas y cualquier precio de ejercicio pagado.

También hay que tener en cuenta la situación fiscal del empleado. En caso de una opción sobre acciones, la sociedad empleadora afrontará normalmente un cargo sobre las aportaciones a la seguridad social cuando se ejerza una opción. El cargo sobre las aportaciones a la seguridad social es actualmente del 13,8% (sin límite) sobre la diferencia entre el precio de ejercicio y el valor de mercado de las acciones adquiridas en el momento del ejercicio. Esta responsabilidad no es por tanto cuantificable cuando se otorga una opción, lo que puede preocupar a muchas sociedades. También es posible, como excepción a la prohibición general, que un empleado acuerde pagar esta responsabilidad en lugar de la empresa. Asimismo, se dispone de una deducción del impuesto de sociedades (calculando los beneficios tributables de la sociedad) si se cumplen determinadas condiciones cuando las acciones se adquieren directamente, o cuando se ejerza una opción sobre acciones, por parte de un empleado⁴¹. En términos generales, la deducción se calcula como la diferencia entre el valor de mercado de las acciones y cualquier precio pagado. La deducción está disponible incluso si el titular de una acción no soporta un cargo al impuesto sobre

⁴¹ Corporation Tax Act 2009, Part 12.

sociedades al ejercer una opción porque es una opción sobre acciones con ventajas fiscales (véase más abajo sobre adjudicaciones en un SIP).

Los planes de acciones que no tengan ventajas fiscales deben operar de acuerdo con el régimen fiscal anterior. El beneficio comercial de dichos planes es que no deben cumplirse los requisitos legales aplicables a los planes con ventajas fiscales. Pero como se explica más adelante, los planes con ventajas fiscales proporcionan importantes deducciones del régimen fiscal habitual, lo que significa que una empresa normalmente considerará primero estos planes, y sólo buscará alternativas si uno o más de los planes con ventajas fiscales no cumple o no puede cumplir estos requisitos.

2.4. Gestión del plan o planes

Se parte del supuesto de que una sociedad ha decidido cuántos empleados deberán beneficiarse de participar en acciones, y que esto proporcionará un mercado interno de acciones. Gestionar un plan exige principalmente decidir qué adjudicaciones se harán, a quién y cuándo, teniendo en cuenta los aspectos fiscales para el empleado y la empresa, y seguir comunicando el plan o planes a los empleados.

La siguiente parte de esta guía resume qué es posible hacer con cada uno de los planes con ventajas fiscales, y se comentan brevemente los planes sin ventajas fiscales. Lo que sigue no pretende ser una explicación exhaustiva de estos planes. En una sociedad participada por empleados, el objetivo es gestionar el plan o planes a suficiente escala y de forma que se cumpla la definición de participación de empleados:

A) Plan de incentivos de acciones

Cada año existen alrededor de 500 sociedades que realizan adjudicaciones en virtud de un SIP. Este nivel de popularidad ha sido uniforme en los últimos años⁴².

Un SIP es un plan para todos los empleados, por lo que todos los empleados que reúnan los requisitos deben tener la oportunidad de parti-

⁴² Employee Share Scheme Statistics for 2015-16 (HM Revenue & Customs), 2017, Table 6.5. Extraído de <https://www.gov.uk/government/statistics/share-incentive-plan>.

cionar en el SIP (y no sólo unos pocos). Esto significa la participación de todos aquellos que:

- (A) sean empleados (inclusive los empleados a tiempo parcial) de la sociedad fundadora (y todas las sociedades participantes si existe un grupo);
- (B) lo hayan sido durante un periodo habilitante (que puede ser de hasta 18 meses dependiendo del tipo de adjudicación); y
- (C) sean contribuyentes residentes en el Reino Unido.

Los empleados no residentes en el Reino Unido pueden ser invitados a participar, pero podrán estar sujetos al impuesto sobre la renta o a aportaciones a la seguridad social (o equivalente) en la jurisdicción en que sean residentes a efectos fiscales.

Existen dos tipos principales de adjudicación:

- Acciones gratuitas: los empleados pueden recibir hasta 3.600 £ en acciones por cada ejercicio fiscal (tasados en la fecha de la adjudicación); y
- Acciones sociales: los empleados pueden cada uno comprar hasta 1.800 £ en acciones cada año (o, si es menos, por un valor de hasta el 10% de su salario para el ejercicio fiscal) sobre los ingresos antes de impuestos y aportaciones a la seguridad nacional.

En cuanto a las acciones gratuitas, el número de acciones adjudicadas puede variar en función de la remuneración del empleado, la antigüedad y las horas trabajadas. Algunas bonificaciones por rendimientos pueden también dar derecho a acciones gratuitas.

El acuerdo sobre participaciones sociales puede hacer que cada importe deducido del salario sea aplicado de inmediato para la compra de acciones, o que las sumas deducidas se puedan acumular (por un periodo convenido, aplicable a todos los participantes, de hasta 12 meses) y luego aplicarse a la compra de acciones.

Pueden hacerse otros dos tipos de adjudicaciones:

- Acciones equivalentes: por cada participación social comprada, cada empleado puede recibir hasta dos acciones equivalentes; y
- Acciones con dividendos: las sociedades pueden permitir que los dividendos declarados en acciones del plan se reinviertan en más acciones del plan.

No existe obligación de proporcionar los cuatro tipos de adjudicaciones. Periódicamente puede decidirse si se proporcionan acciones gratuitas, participaciones sociales o las dos (con o sin acciones equivalentes), y acciones con dividendos.

Las principales prestaciones fiscales de un SIP son:

- los empleados no pagan impuesto sobre la renta o aportaciones a la seguridad social sobre el valor de las acciones gratuitas o equivalentes recibidas, siempre y cuando conserven las acciones en el SIP durante al menos cinco años;
- las participaciones sociales se compran a partir del salario bruto, es decir, antes de deducir impuestos y contribuciones a la seguridad social, y si se conservan en el SIP durante al menos cinco años no existe la obligación del impuesto sobre la renta o aportaciones a la seguridad social cuando las participaciones sociales abandonen el plan;
- los empleados no pagan el impuesto sobre la renta o aportaciones a la seguridad social sobre acciones con dividendos si se conservan durante al menos tres años;
- normalmente el impuesto de plusvalía no se paga cuando se incrementa el valor de las acciones del SIP mientras se queden en el SIP y, si las acciones del plan se venden directamente desde el SIP, no existe obligación del impuesto de plusvalías.
- una empresa puede solicitar la deducción del impuesto de sociedades para el valor de mercado de las acciones gratuitas y equivalentes cuando estas son adjudicadas⁴³; y.
- una empresa no está generalmente obligada a las aportaciones a la seguridad social sobre acciones otorgadas, o compradas por, empleados si las acciones se conservan en el SIP durante al menos cinco años.

Existen otras ventajas fiscales que se pueden aplicar. Por ejemplo, existen exenciones al impuesto sobre la renta y a las aportaciones a la seguridad social si las acciones del SIP salen del plan antes de cinco años con

⁴³ Existe una forma de obtener una deducción fiscal para las aportaciones de una sociedad en el SIP, si el fiduciario del SIP adquiere al menos el 10% del total del capital social ordinario de la sociedad que no sea accionariado societario. Véase http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.hmrc.gov.uk/shareschemes/essa_2002_detail.htm).

motivo de la finalización del contrato laboral por causas como lesiones, incapacidad, despido por reducción de personal, jubilación o fallecimiento. Para una persona que siga contratada como empleado, las acciones gratuitas y las acciones equivalentes deben quedarse en el *trust* por un periodo de entre tres y cinco años antes de que el empleado las pueda retirar. El periodo de depósito de las acciones con dividendos es de tres años.

Un empleado puede decidir retirar sus participaciones sociales del SIP en cualquier momento (pero es posible que tenga que pagar impuestos si así lo hace).

Cuando un empleado deja su empleo, las acciones salen automáticamente del SIP, sin importar cuánto tiempo haya pasado desde que se adquirieran las acciones.

Un SIP puede hacer que las acciones gratuitas y equivalentes sean decomisadas (y devueltas al *trust* SIP). Esto podría ocurrir si, por ejemplo, un empleado deja el empleo dentro de un determinado periodo (de hasta tres años) desde que recibió la adjudicación o, en cuanto a las acciones equivalentes, cuando las acciones sociales salgan del SIP dentro del periodo definido.

B) Plan SAYE

En 2013-14, 270 sociedades otorgaron opciones SAYE a empleados⁴⁴.

Un plan SAYE es un plan de todos los empleados, y por tanto todos los empleados potencialmente beneficiarios de la sociedad (o, según el caso, de las sociedades participantes del grupo) deben tener la oportunidad de participar en el plan. Los requisitos son similares a los de un SIP, excepto que el periodo exigido de empleo continuado puede ser de hasta cinco años, y un administrador a tiempo completo también debe ser invitado a participar. Se entiende que un administrador a tiempo completo es un administrador (que no sea empleado) con una semana laboral superior a 25 horas (excluidas las pausas).

Un plan SAYE funciona del siguiente modo:

⁴⁴ Employee Share Scheme Statistics for 2015-16 (HM Revenue & Customs), 2017, Table 6.3. Extraído de <https://www.gov.uk/government/statistics/save-as-you-earn-share-option-schemes>.

- (A) una sociedad otorga una opción a un participante para comprar acciones de la sociedad en una fecha futura y a un precio de ejercicio igual al valor de mercado (tomado en la fecha de concesión), o con hasta un 20% de descuento sobre el valor de mercado;
- (B) el participante acuerda ahorrar entre 5 £ y 500 £ mensuales de su sueldo exentas de tributación en base a un plan de ahorro vinculado (que puede durar tres o cinco años) con una institución financiera; y
- (C) cuando venza el plan de ahorros, el participante recibe una bonificación libre de impuestos (a un tipo de interés fijo)⁴⁵ y decide en ese momento si utilizar los beneficios para comprar las acciones bajo opción o aceptar el dinero ahorrado y la bonificación. Todas las acciones recibidas en ejercicio de una opción SAYE pertenecen por completo al empleado.

Un plan SAYE proporciona por tanto una fiscalidad eficiente para que los empleados compren acciones de su empresa. Supone un coste para los participantes (el precio de ejercicio), pero un empleado no ejercerá su opción a menos que el valor de las acciones bajo opción en el momento del ejercicio sea superior al precio de ejercicio. Si el valor de las acciones es menor que el precio de ejercicio en la fecha en que venza el plan de ahorro, los empleados obtendrán los ahorros que hayan acumulado de las deducciones salariales mensuales y, en teoría, la bonificación de tipo fijo libre de impuestos. Lamentablemente, en los últimos años los tipos de interés prescritos han sido cero⁴⁶.

Las principales prestaciones fiscales de un plan SAYE son:

- un participante no suele pagar el impuesto sobre la renta ni aportaciones a la seguridad social:
 - sobre la concesión de su opción;
 - sobre la bonificación o interés recibido bajo el plan de ahorros SAYE;
 - cuando se ejerce una opción sobre acciones de acuerdo con el plan SAYE al menos 3 años después de la fecha en que se otorgó,

⁴⁵ Véase <https://www.gov.uk/government/publications/save-as-you-earn-saye-bonus-rates-automatic-mechanism>.

⁴⁶ Véase <https://www.gov.uk/government/publications/change-in-bonus-rates-for-save-as-you-earn-saye-share-option-schemes>.

o a los 6 meses desde que un participante abandone el empleo por motivo de lesiones, incapacidad, despido por reducción de personal, jubilación u otras circunstancias; y

- una empresa no estará obligada a realizar aportaciones a la seguridad social sobre cada concesión de opciones o su ejercicio según lo anterior.

El empleado puede tener que pagar el impuesto de plusvalía si las acciones adquiridas en ejercicio de una opción de un plan SAYE son vendidas posteriormente con ganancias. Pero las personas físicas tienen una exención anual del impuesto de plusvalía (que es de 11.300 £ en el ejercicio fiscal 2017-2018) de modo que, en la práctica, muchos participantes en planes SAYE y otros planes no pagan el impuesto de plusvalía si conservan sus ganancias cada ejercicio fiscal dentro de esa exención anual.

C) Acuerdo EMI

En 2015-2016 hubo 8.610 acuerdos EMI en sociedades, un número mucho mayor que para cualquier otro tipo de plan de acciones con ventajas fiscales⁴⁷. Desde que se introdujeron las opciones EMI, cada año entre 2.000 y 3.000 sociedades han otorgado opciones EMI⁴⁸.

La participación en un acuerdo EMI es normalmente selectiva en lugar de basada en todos los empleados. De hecho, puede que no haya un plan como tal. Sólo se pueden conceder opciones EMI a un empleado. No obstante, un acuerdo EMI puede ser gestionado para todos los empleados. Las opciones EMI sólo pueden concederse a empleados que se comprometan a un horario laboral. El compromiso de horario laboral (según se define) debe ser de al menos 25 horas semanales, o si son menos, del 75% de su horario laboral.

Un acuerdo EMI requiere que una sociedad otorgue una opción a un empleado para que compre acciones de la sociedad en una fecha futura y a un precio de ejercicio predeterminado. Pueden otorgarse opciones con descuento. Una opción con descuento se da cuando el precio de ejercicio

⁴⁷ Employee Share Scheme Statistics for 2015-16 (HM Revenue & Customs), 2017, Table 6.2.

⁴⁸ Employee Share Scheme Statistics for 2015-16 (HM Revenue & Customs), 2017, Table 6.6. Extraído de <https://www.gov.uk/government/statistics/enterprise-management-incentives-share-option-schemes>.

por acción se fija por debajo del valor de mercado en la fecha de concesión de la acción. De hecho, el precio de ejercicio puede ser cero. No existe un periodo mínimo estándar antes de que se pueda ejercer la opción. La opción puede ejercerse inmediatamente. La opción debe poder ejercerse durante los diez años posteriores a la fecha de concesión.

Por tanto, una opción EMI proporciona a un empleado la oportunidad de adquirir acciones a un precio predeterminado. Requiere un coste para el participante (asumiendo que deban pagar un precio de ejercicio para adquirir las acciones), pero una opción no se ejercerá normalmente a menos que esté «*in the money*»⁴⁹. Cada participante podrá disponer de una opción u opciones cuyas acciones subyacentes tengan un valor (en el momento de la concesión) de hasta 250.000 £.

El plan puede adjuntar determinadas condiciones objetivas para el ejercicio de las opciones, y puede hacer que las opciones sean ejercidas, por ejemplo, sólo cuando se logre un evento objetivo o según un programa de adquisición de derechos.

Existen varias condiciones a cumplir antes de que una sociedad pueda otorgar una opción EMI:

- (A) la opción deberá otorgarse por motivos comerciales con el fin de asumir o retener a un empleado de la sociedad, y no como parte de un programa de elusión de impuestos;
- (B) el valor total de mercado de las acciones bajo opción en la fecha de concesión no deberá exceder los 3.000.000 £; y
- (C) la sociedad cuyas acciones sean objeto de la opción deberá ser una sociedad que reúna los requisitos.

Una sociedad reunirá los requisitos si cumple ciertas condiciones en la fecha en que se otorgan las opciones. A grandes rasgos, estas son:

- sus activos brutos no deberán exceder los 3.000.000 £;
- la sociedad deberá ser independiente, es decir, no deberá ser una filial ni estar bajo el control de otra sociedad;
- la sociedad deberá tener menos de 250 empleados a tiempo completo (o equivalente);

⁴⁹ https://es.wikipedia.org/wiki/Grado_del_dinero, «...por ejemplo en el caso de una opción de compra el precio del activo subyacente es mayor que el precio de ejercicio de la opción».

- todas las filiales deben ser al menos filiales al 51% (según se definen), excepto si una filial consiste total o principalmente en la posesión o gestión de inmuebles (o patrimonio que obtenga su valor de inmuebles), ésta deberá ser una filial al 90% que reúna las condiciones (según se define);
- la sociedad (el grupo) debe llevar a cabo una o más actividades cualificadas; y
- la sociedad (o si es una sociedad matriz, al menos un miembro del grupo) deben estar establecidas permanentemente en el Reino Unido.

El requisito de las actividades cualificadas impide que algunas sociedades otorguen opciones EMI. Una actividad mercantil cualificada deberá desarrollarse comercialmente con fines lucrativos y no consistir totalmente, o en gran medida, en actividades excluidas. Entre las actividades excluidas se incluyen actividades bancarias, agropecuarias, inmobiliarias, prestación de servicios legales o contables, astilleros u otras actividades⁵⁰.

Las principales prestaciones fiscales de un plan EMI son:

- un participante no paga generalmente el impuesto sobre la renta ni aportaciones a la seguridad social sobre:
 - la concesión de su opción; o.
 - cualquier incremento en el valor de mercado de las acciones desde la fecha en que otorga la opción hasta que se ejerce (podrá pagarse el impuesto de plusvalía si las acciones adquiridas se venden posteriormente con ganancias).

(Aunque si la opción es con descuento, cuando se ejerce, el descuento queda sujeto al impuesto sobre la renta y, dependiendo de las circunstancias, a aportaciones a la seguridad social); y
- una empresa no responderá de las aportaciones a la seguridad social sobre cada opción o en la medida en que su ejercicio esté exento del impuesto sobre la renta como se ha indicado anteriormente.

Todas o algunas de las ventajas fiscales dejarán de estar disponibles, en términos generales, si se produce un evento inhabilitante. Algunos ejemplos de eventos inhabilitantes son los supuestos en que el empleado deja

⁵⁰ Income Tax (Earnings and Pensions) Act 2003, Schedule 5, Part 3, paragraph 16.

de reunir los requisitos o cuando la sociedad deja de satisfacer el requisito de actividad mercantil habilitante.

Es posible que la exención empresarial pueda aplicarse a la posterior venta de acciones, y esto podría reducir el importe del impuesto de plusvalía a pagar. Existe un número de condiciones habilitantes para solicitar la exención empresarial, pero las enajenaciones de acciones adquiridas a partir del 6 de abril de 2013 en ejercicio de las opciones EMI habilitarán la exención empresarial incluso si no se cumple la prueba habitual de titularidad del 5%. Asimismo, el periodo mínimo de posesión de 12 meses para la exención empresarial incluye el periodo en que la persona conserva la opción EMI.

D) CSOP

En 2015-16, 320 sociedad con un CSOP otorgaron nuevas opciones⁵¹.

La participación en una CSOP puede basarse en una selección parcial de empleados y no total. No obstante, el plan puede gestionarse para todos los empleados. El titular de la opción puede ser un empleado o un administrador a tiempo completo (véase definición anterior) de la sociedad, o según el caso puede ser una empresa del grupo.

Un CSOP requiere de una sociedad que otorgue una opción a un participante para que compre acciones en la sociedad a una fecha futura a un precio de ejercicio igual al valor de mercado (tomado en la fecha de concesión). La opción normalmente sólo puede ejercerse a partir del tercer aniversario de la concesión.

Un CSOP por tanto proporciona al participante una oportunidad de adquirir acciones a un precio predeterminado. Implica un coste para el participante (porque tienen que pagar el precio de ejercicio para adquirir las acciones), pero una opción normalmente no se ejercerá a menos que esté «*in the money*». Cada participante puede disponer de una opción cuyas acciones subyacentes tengan un valor (en la fecha de concesión) de hasta 30.000 £.

El plan puede incluir determinadas condiciones objetivas para el ejercicio de las opciones, y puede hacer que las opciones sean ejercidas, por

⁵¹ Employee Share Scheme Statistics for 2015-16 (HM Revenue & Customs), 2015, Table 6.4. Extraído de <https://www.gov.uk/government/statistics/company-share-option-plans>.

ejemplo, sólo cuando se logre un objetivo o según un programa de adquisición de derechos.

Las principales prestaciones fiscales de un CSOP son:

- un participante no paga el impuesto sobre la renta ni aportaciones a la seguridad social:
 - sobre la concesión de su opción; o
- cuando se ejerce una opción sobre una acción de acuerdo con el CSOP a partir del tercer aniversario y no más tarde del décimo aniversario de la fecha de concesión, o en los 6 meses posteriores a que un participante abandone el empleo con motivo de lesiones, discapacidad, despido por reducción de personal, jubilación u otras circunstancias (podrá pagarse el impuesto de plusvalía si las acciones adquiridas se venden posteriormente con ganancias); y.
- una empresa no está obligada a las aportaciones a la seguridad social sobre cada opción concedida, o su ejercicio.

Por contra, el acuerdo EMI ofrece otras ventajas fiscales y mayor flexibilidad en relación a, por ejemplo, los plazos de la opción, con la libertad de fijar un precio de ejercicio inferior al valor de mercado y para el ejercicio fiscalmente efectivo de opciones antes del tercer aniversario de la concesión. Una sociedad generalmente sólo tomará en consideración un CSOP si, por algún motivo, no puede implementarse un acuerdo EMI.

E) Planes sin ventajas fiscales

Si un plan con ventajas fiscales no puede cumplir todos los requisitos de la sociedad, existe una serie de planes sin ventajas fiscales para facilitar la adjudicación de acciones, intereses en acciones y opciones sobre acciones. Una sociedad puede siempre crear su propio plan, si es necesario, para cumplir sus objetivos concretos. Como ocurre con los planes con ventajas fiscales, el objetivo general es garantizar que todos los empleados tengan una participación significativa en su sociedad a través de estos planes.

A continuación, se proporcionan algunos comentarios generales sobre los planes sin ventajas fiscales y su uso.

Las normas fiscales son la principal limitación en el modelo de estos planes. En concreto, como ya se ha explicado antes, si un empleado recibe acciones en concepto de donación o a un valor inferior, el impuesto sobre

la renta y las posibles aportaciones a la seguridad social se impondrán sobre el valor inferior. Es difícil gestionar planes para todos los empleados en base a esto a menos que las obligaciones fiscales sean pequeñas.

Una solución para una empresa es hacer préstamos a los empleados, de modo que puedan comprar acciones a valor de mercado y por tanto evitar obligaciones fiscales cuando adquieran acciones. Pero si el préstamo está libre de intereses o el interés es menor que el tipo oficial, el préstamo puede dar lugar a beneficios en obligaciones fiscales⁵². Existen obviamente otras consideraciones, especialmente el riesgo financiero de que un empleado adquiera uno de estos préstamos.

Otro enfoque es permitir que los empleados utilicen su propio dinero, incluyendo bonificaciones, para comprar acciones a valor de mercado. Pero, a diferencia de comprar acciones sociales bajo un SIP, esto no es fiscalmente eficiente. Para la compra de acciones sólo quedaría disponible la bonificación después de impuestos. Esto significa que la participación de empleados pasa a depender aún más de lo que el empleado puede pagar y de su actitud frente al riesgo financiero.

Es posible crear una clase de acción (llamada una «acción de crecimiento») que tenga poco o ningún valor actual porque las compensaciones económicas sólo se recibirían en el caso de que hubiera aumentos futuros en el rendimiento financiero de la sociedad. No obstante, los planes de acciones de crecimiento son los más adecuados para proporcionar incentivos únicos a individuos clave (como alternativa a un plan EMI o CSOP), más que para adjudicaciones de acciones a favor de todos los empleados.

En algunas situaciones, la adquisición directa de acciones sin emplear un plan de acciones con ventajas fiscales puede funcionar bien, por ejemplo, en mutuas de servicios públicos. Aquí, un accionista puede principalmente tener sólo un voto y no recibir beneficios financieros por ser accionista. En estos casos, los empleados pueden pasar a ser socios comprando acciones a su valor nominal, por ejemplo, 1 £, sin obligaciones fiscales porque este es el valor de mercado de la acción que han comprado. Cuando se vayan venderán su acción por el mismo importe nominal.

⁵² Véase <https://www.gov.uk/expenses-and-benefits-loans-provided-to-employees/technical-guidance>.

3. Introducción y mantenimiento de la participación híbrida

La participación híbrida requiere emplear elementos del *trust* y de la participación directa, como se ha explicado antes, para crear un modelo de participación de empleados.

A grandes rasgos, existen dos enfoques:

3.1. Añadir la participación directa a un modelo de participación fiduciaria

Puede existir un compromiso con la participación fiduciaria mayoritaria, pero, bien al principio o más tarde, se decide que se necesita un elemento o elementos de participación accionarial directa.

Este tipo de participación accionarial directa puede ser proporcionar cualquiera de los beneficios (o una combinación de beneficios) de participación accionarial antes mencionados, es decir dividendos, plusvalías o votos. Podría ser proporcionar estos beneficios a todos los empleados o a determinados individuos clave. (Mientras un plan selectivo siga siendo fiel a los principios de la participación de empleados en una sociedad no existe, en principio, ninguna objeción a gratificar a algunos individuos por su rendimiento personal.).

Una situación típica es que se introduzca un SIP y se hagan adjudicaciones sobre una minoría de las acciones de la sociedad. Esto proporcionará a todos los empleados la oportunidad de adquirir acciones de forma fiscalmente eficiente. El plan podría gestionarse principalmente como un incentivo financiero, tal vez sumado al pago de bonificaciones exentas del impuesto sobre la renta (en que la compañía empleadora esté controlada por el fiduciario de un *trust* de participación). O podría promocionarse también como una forma de proporcionar a los empleados votos individuales (cada empleado indicaría al fiduciario del *trust* SIP cómo votar sobre sus acciones).

3.2. Añadir la participación fiduciaria junto con la participación directa

Puede ser difícil lograr y posteriormente mantener el 100% de la participación mediante un modelo de participación directa. Como ya se ha indicado, puede producirse un desajuste entre bajas y alta tal que algunas acciones tengan que depositarse en un *trust* de empleados. Asimismo, una sociedad puede ser reacia a presentarse como el comprador final de todas las acciones de la sociedad cuando cada generación de empleados cause

baja. Puede ser prudente mantener un porcentaje fijo de acciones depositadas permanentemente en un *trust*, de modo que el mercado interno de acciones gestione sólo una proporción reducida de las acciones de la sociedad. Pueden darse otros motivos para constituir un *trust*, como tener algunas acciones depositadas en un *trust* de modo que una decisión de, digamos, vender la sociedad sea tomada en parte por una junta fiduciaria (sujeta a las obligaciones fiduciarias) en lugar de sólo por empleados que actúen a título personal.

IV. CONCLUSIÓN

Esta guía demuestra que, a pesar de que existen ciertas fórmulas principales de participación de empleados en el Reino Unido, hay un amplio campo de acción dentro de estos modelos, y fuera de ellos, para crear un tipo de participación de empleados que funcione bien con una empresa en concreto.

Esta versatilidad en las fórmulas de participación de empleados puede verse teniendo en cuenta las diferentes fases del ciclo vital de una empresa, y cómo esto afecta a la fórmula de participación de empleados que puede adoptarse:

1. *Start-ups*

Introducir la participación de empleados al inicio de la vida de una empresa demuestra un claro compromiso con un enfoque colaborativo sobre el trabajo y, en especial, crea en la estructura societaria una forma de que los empleados tengan voto y participen financieramente en el éxito de la nueva empresa. No obstante, los intereses de fundadores, inversores y directivos en una *start-up* puede significar que sólo exista un porcentaje limitado de acciones disponibles para incentivar a todos los empleados.

Existe una amplia variedad de enfoques posibles en una *start-up*, incluyendo:

- (i) la concesión de opciones sobre acciones.

A menudo, los incentivos en forma de acciones para todos los empleados de una *start-up* se proporcionan a través de planes de opciones sobre acciones, tal vez a través de opciones EMI otorgadas para todos los empleados;

- (ii) emitir algunas acciones a favor de un *trust* de empleados

Algunas sociedades se constituyen desde el inicio con una participación minoritaria depositada en un *trust* de empleados, con la promesa de que se aumentará y de que posiblemente la sociedad pasará a una participación fiduciaria mayoritaria o del 100%; y

- (iii) empezar como participada por empleados

Las mutuas de servicios públicos pueden considerarse como *start-ups*, y éstas están a menudo íntegramente participadas por empleados desde el inicio. Muchas mutuas de servicios son entidades sin ánimo de lucro y, como ya se ha dicho, los empleados pueden comprar acciones por un importe nominal que les dé derecho a voto (pero no derechos económicos). Las sociedades también pueden constituirse desde el inicio con, por ejemplo, la participación al 100% de un *trust* de empleados.

2. *Contribuir al crecimiento*

En una empresa constituida, la participación de empleados proporciona una forma de desarrollar y hacer crecer una sociedad. El Informe Nuttall destacó cómo la participación de empleados puede, en especial, impulsar la innovación en una sociedad, así como lograr un mayor compromiso e involucración de los empleados. Introducir la participación directa de empleados puede ajustarse bien a este objetivo, ya que el aumento del precio de las acciones puede demostrar claramente que se está consiguiendo un crecimiento.

3. *Lograr una continuidad en la dirección*

La participación de empleados puede proporcionar un plan alternativo para darle continuación a la dirección de la sociedad, donde habitualmente se espera que los altos directivos compren acciones de la sociedad para ascender. El modelo fiduciario de participación facilita una forma de que algunos asciendan a cargos de alta dirección, sin que nuevos directivos tengan que obtener financiación para comprar participaciones en la sociedad. De esta forma, el ascenso se basa en los méritos y no, en parte, en la capacidad y voluntad de invertir en la sociedad.

4. *Lograr una continuidad en la participación*⁵³

La participación de empleados puede tener claras ventajas sobre otras estrategias alternativas de continuidad. Preferible a que un fundador venda la actividad mercantil a, por ejemplo, un competidor que siga adelante. Preferible a re-estructurar la empresa para poder cotizar en un mercado de valores. Más atractiva que la idea de que una empresa pueda, al cabo de un tiempo, ser desmantelada y que toda la plantilla sea despedida. La compra por parte de sus directivos puede tener potencial pero, ¿por qué vender a unos pocos cuando podría venderse a toda la plantilla? ¿Por qué no una compra por parte de los empleados?

Una compra por parte de los empleados ofrece una serie de atractivos:

- (i) las condiciones de una compra por parte de empleados están, en gran medida, bajo el control de los titulares. Los titulares pueden planificar de antemano cuándo y cómo se producirá esta venta a empleados. Esta es una ventaja significativa sobre el resto de fórmulas de salida;
- (ii) la compra por parte de empleados tiene un buen historial de éxito. Esto es importante si hay contraprestaciones en diferido. Y la mayoría de fundadores de una empresa quieren ver cómo sobrevive y prospera; y
- (iii) una compra por parte de empleados evita algunas dificultades que pueden surgir con otras fórmulas de salida. Evita, por ejemplo, el riesgo comercial de revelar información confidencial a potenciales compradores.

Asimismo, algunos titulares prefieren una compra por parte de empleados porque:

- (i) es una forma de reconocer la aportación de los empleados al éxito de la empresa;
- (ii) se logra la continuidad de la empresa en favor de clientes y proveedores;
- (iii) impide el despido de empleados o el cierre de las instalaciones que se produce a menudo tras una venta; y

⁵³ Esta explicación procede de un artículo ya publicado (Graeme Nuttall (Trust and Estates Law and Tax Journal), 2014, September, pp. 16-20).

- (iv) la forma de llevar la empresa, su filosofía, es más probable que continúe intacta.

Cómo ya se ha explicado, una compra por parte de empleados es más probable que implique un *trust* de empleados.

5. *Rescates de empresas*

La participación de empleados también puede emplearse en la reestructuración y rescate de empresas. Por supuesto, debe ser una empresa viable o potencialmente viable. Se dan ejemplos de empleados que aceptan cambios en sus condiciones laborales, como despidos por reducción de personal o acuerdos de jubilación, a cambio de introducir la participación de empleados en la empresa reestructurada. Sin embargo, no existen normas legales o fiscales especiales en el Reino Unido para promover esto.

En resumen, las sociedades privadas del Reino Unido pueden adoptar varias fórmulas de participación de empleados. Existen algunas fórmulas principales, como se ha explicado en esta guía, con margen para adaptarlas o adoptar otras fórmulas según la necesidad de ajustarse a los requisitos de cada sociedad y sus empleados.

La participación de los trabajadores en la empresa y su promoción desde las instituciones europeas

MARTA ENCISO SANTOCILDES

*Profesora Acreditada Agregada
Universidad de Deusto*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. IMBRICACIÓN DEL IMPULSO DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA EN LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. Antes de 1989. 1.1. Participación de los trabajadores en la formación de activos. 1.2. Acta Única Europea. 1.3. Reconocimiento y desarrollo de los derechos sociales de los trabajadores comunitarios. 1.4. Plan de acción para implementar la Carta de los Derechos Sociales Básicos. 2. A partir de 1989. 2.1. Año 1992. 2.2. Año 2002. 2.3. Año 2014. III. MEDIDAS LEGALES Y TRIBUTARIAS DE PROMOCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN FINANCIERA DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA. 1. Medidas legales. 2. Medidas Fiscales. IV. CONCLUSIONES. Bibliografía.

RESUMEN: La Unión Europea ha prestado atención al fenómeno de la participación financiera de los trabajadores en la empresa desde la década de los 70 del siglo pasado. Esta atención podemos relacionarla con otros fenómenos de estudio y praxis tanto a nivel doctrinal como de manera muy relevante el fenómeno de las ESOP que comenzaron a desarrollarse en los Estados Unidos de América la década anterior.

En 1989, la Comisión Europea, en su programa de acción con objeto de la implementación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, concretamente en su punto séptimo recoge una referencia a estrategias para la incentivación de la participación financiera de los trabajadores (PFT). Desde los primeros estadios, la entonces Comunidad Económica Europea interrelaciona este fenómeno con sus objetivos fundamentales: empleo, productividad, creación de riqueza y cohesión social y sus diferentes desarrollos a nivel comunitario.

A partir de este momento, desde la Unión Europea se llevan a cabo una serie de acciones con la finalidad de promover la participación de los trabajadores tanto en el accionariado de su empresa como en los beneficios de la misma.

I. INTRODUCCIÓN

Se suele mencionar, acertadamente, el año 1989 como el momento en que la Comunidad Económica Europea (CEE) acoge institucionalmente y de manera explícita como uno de sus objetivos la promoción de la participación financiera de los trabajadores en la empresa.

Así y todo, para contextualizar adecuadamente la promoción comunitaria a la participación financiera de los trabajadores en la empresa, resulta necesario hacer referencia a un entorno más amplio y de mayor calado tanto a nivel de la propia Institución, como a nivel internacional, y retrotraerse hasta la década anterior.

Se trata esta de una década de crisis económica, política y desde el punto de vista de las Comunidades Europeas (CCEE), también institucional. Efectivamente, la década de los 70 está marcada por la denominada crisis del petróleo, que produjo un incremento del precio del mismo, con un efecto muy negativo en las economías desarrolladas provocando una crisis económica cuyos efectos se mantuvieron en la siguiente década y exigieron importantes reformas.

A nivel de las CCEE, la necesidad de mejorar los instrumentos políticos, sociales y económicos que permitieran al espacio comunitario convertirse en una economía competitiva y socialmente cohesionada, llevó, entre otras cosas, a la modificación del Tratado de Roma. Se pretendía una mejora en el funcionamiento institucional y la evolución hacia un mercado interior que pudiera ser competitivo respecto de otras economías como la estadounidense y la japonesa.

Desde estos primeros momentos, a nivel comunitario ya se interrelacionan las acciones tendentes a promover la participación financiera de los trabajadores en la empresa, con la incidencia en los objetivos fundamentales comunitarios, a saber, empleo, productividad, creación de riqueza y una mayor cohesión social (Comisión Europea, 2002).

Si junto a estos grandes objetivos, se desciende un poco más a detalle, se observa cómo también la participación financiera de los trabajadores incide en cuestiones de gran relevancia a nivel comunitario. Así, por citar sólo algunos ejemplos, se considera que influye positivamente a nivel de empresa tanto en la mejora del modelo organizativo (Comité Económico y Social europeo, 2003, Parlamento europeo 2013, Comisión europea, Libro Verde, 1997) como en la gobernanza corporativa (CESE 2003), contribuyendo a un modelo sostenible (CESE 2013) y más transparente (CESE 2003). Ello se fundamenta, de manera muy resumida en la creación de un

círculo virtuoso entre empresa y trabajador basado en el incremento del compromiso y mejora de la productividad a largo plazo (PEPPER I, CESE 1992, PEPPER II) y unas relaciones laborales menos conflictivas (CESE 2003).

Su incidencia positiva ha sido también probada en caso de empresas en crisis y procesos de reestructuración (CESE 2003, CESE 2010) así como en la continuidad de pequeñas y medianas empresas y empresas familiares (CESE 2010).

Desde esta perspectiva se entiende mejor la evolución del fomento de la participación financiera de los trabajadores vinculada a hitos fundamentales en el devenir comunitario, su relación con otros elementos esenciales como al reconocimiento y desarrollo de los derechos sociales de los trabajadores comunitarios, o las sinergias con otras políticas comunitarias.

Esta vinculación, y por tanto el interés en esta figura, dirige los intereses comunitarios en conocer tanto las experiencias existentes en Europa, como las de otros países, sobre todo Estados Unidos.

Efectivamente, en esta década se produce asimismo el despegue de la ESOP en EEUU¹ con la promulgación de una normativa específica en 1974², si bien ya contaba con una trayectoria previa tanto desde el punto de vista práctico como ideológico³.

Por su parte, en Europa encontramos en este momento ya algunas investigaciones y publicaciones con el objeto de describir las experiencias que están ya teniendo lugar en algunos países comunitarios⁴.

¹ ESOP: Employee Stock Ownweship Plan.

² *Employee Retirement Income Security Act*, ERISA.

³ El promotor de estas entidades en EEUU fue Louis Kelso, quien recogió sus ideas fundamentales por primera vez en una publicación *El Manifiesto Capitalista* de 1958, fruto tanto de sus reflexiones como de alguna experiencia que ya se había llevado a cabo. A partir de este momento y con el impulso legislativo de 1974 (ERISA), se consolida un sistema en el que se constituye un fideicomiso (Trust) a favor de los trabajadores por el que estos son propietarios de acciones de la empresa, participando asimismo en sus resultados. Para más información sobre su funcionamiento, así como su estructura jurídica, económica, fiscal y financiera ver <http://www.esop.org> y <http://www.nceo.org>.

⁴ Desde los inicios de la década de los años 80 en Italia, el Prof. Mario Nutti de la Universidad de Florencia, trabajaba en estudios científicos sobre la participación de los trabajadores en Europa occidental con financiación de la Comisión Europea. En 1989 se publicó un primer informe a cargo de Milica Uvalic del equipo de Nutti llamado «Report on Proffit sharing in Western Europe».

Estos primeros informes, reflejan que también en Europa existían ejemplos de participación financiera de los trabajadores en la empresa, si bien de manera dispar según países. Efectivamente, las experiencias variaban, tanto en sus modalidades como en el apoyo con el que cuentan. En algunos países sí encuentran apoyos por parte de los gobiernos a través de políticas decididas (Como Francia y Reino Unido), en otros es objeto de debate (Bélgica, Países Bajos, Italia, Grecia, Irlanda o Alemania) y en otros se encuentra aún pendiente de abrir dicho debate (Luxemburgo, Portugal o España) (PEPPER I).

Por ello, resulta necesario profundizar en esta conexión entre la promoción de la participación financiera de los trabajadores en la empresa (PFT) y su relación con la evolución, grandes hitos y políticas comunitarias.

II. IMBRICACIÓN DEL IMPULSO DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA EN LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN EUROPEA

Como se mencionaba anteriormente, se suele indicar 1989 como el año en la que la entonces CEE propugna por primera vez el fomento de la PFT. Así y todo, encontramos antecedentes de gran importancia previa a esta fecha, que de hecho explican y contextualizan el mandato de 1989. Por ello, se subdividirá el contenido de este epígrafe en dos apartados principales, tomando como eje de referencia el mencionado año.

1. Antes de 1989

La entonces CEE, en el marco de sus funciones y prioridades, avanza en la construcción de los pilares básicos de la comunidad también en sus dimensiones económica y social, en el modelo europeo de derecho laboral, así como un trabajo relacionado con la construcción de una identidad europea (Delors, 1990). Los antecedentes de acciones tendentes a aumentar la cohesión económica y social de la comunidad superando el concepto de mercado común y unión aduanera se cifran desde finales de los 60 (Papan-dreu, 1990). En este apartado, encontramos cuatro hitos relevantes relacionados con la participación financiera de la empresa y que nos permiten conocer su evolución posterior.

1.1. Participación de los trabajadores en la formación de activos

La Comisión europea (1979) elaboró un memorándum que contiene las diversas posibilidades de participación de los trabajadores en la formación de activos (depósitos bancarios, tenencia de valores, bienes raíces...), mencionando la participación financiera de los trabajadores en sus empresas como una de ellas. A su vez, esta iniciativa es consecuencia de las conclusiones de la Conferencia Tripartita de 1976 (Consejo Europeo), donde se acordó incluir esta cuestión en los programas de política económica, de manera que los estados miembro llevaran a cabo reformas para su consecución, con el horizonte temporal de 1983.

El Parlamento Europeo (1983), aprueba una resolución sobre el memorándum de 1979, en la que refuerza la idea de la participación de los trabajadores en el capital productivo como de mayor importancia. De manera relevante, destaca la participación en el capital de su propia empresa, así como en empresas pequeñas y medianas, pidiendo a los estados miembro que eliminen los obstáculos legales y fiscales y promuevan incentivos y garantías para el trabajador, incluyendo la idea de participación en resultados. Por último plantea un horizonte de cinco años en que se debe presentar un informe así como la valoración de una Directiva que promueva y regule esta materia.

1.2. Acta Única Europea

En estos mismos años, la CEE se encontraba inmersa en un profundo cambio institucional y en concreto dos, como son la consecución del mercado interior por un lado, y por otro, el reconocimiento a los trabajadores de sus derechos sociales y más en concreto de los derechos de participación e información, que será objeto de análisis en el siguiente apartado.

Ante los problemas y dificultades existentes, se decide modificar el Tratado de Roma para introducir una serie de reformas que permitieran lograr la constitución de un mercado interior, que superara en cuanto a profundidad al concepto de mercado común.

Para ello, se aprueba el Acta Única Europea (1986), estableciendo la garantía de cuatro libertades básicas fundamentales para la consecución de dicho objetivo: libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Con ello se pretende un fortalecimiento tanto de la institución y de sus países miembro, como poder hacer frente a la competencia económica y tecnológica de otros países punteros como eran en ese momento Estados Unidos y Japón.

Las modificaciones, de carácter sustancial, se refieren al funcionamiento institucional y de toma de acuerdos, política monetaria, tecnología e investigación y desarrollo, cuestiones medioambientales o de política exterior. Junto con ello, se persigue una adecuada política social y la consecución de una cohesión económica y social a nivel comunitario⁵.

1.3. Reconocimiento y desarrollo de los derechos sociales de los trabajadores comunitarios

La libre circulación de trabajadores a nivel comunitario debía llevar a aparejado el reconocimiento de unos derechos comunes mínimos, tal y como se recoge en el Acta Única Europea ya mencionada.

Si bien ya existe desde la Carta Social Europea (Consejo de Europa, 1961) es en el primer Protocolo Adicional (Consejo de Europa, 1988) en el que se recogen cuatro nuevos derechos, siendo dos de ellos el derecho de los trabajadores a ser informados y consultados dentro de la empresa y el derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral en la empresa⁶.

Si bien ya en la Conferencia Tripartita de 1976 (Consejo Europeo) se pedía tanto a los gobiernos como a los trabajadores que tomaran medidas adecuadas para promover los intereses de los trabajadores y su participación en la vida de las empresas, es en esta década de los 80 en que resultaba esencial el reconcomiendo de estos derechos.

La consecución del mercado interior y los derechos de participación y consulta, se perciben claramente en atención a la previsible (y deseable) dimensión transnacional de las empresas, en casos de fusiones o mejoras

⁵ Sobre política social: art. 118A (la mejora del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores) y 118B (diálogo social a nivel europeo); sobre cohesión económica y social, art. 130 A (reducción de las diferencias entre regiones y evitación del retraso de las menos favorecidas).

⁶ Estos derechos pueden definirse como (1) Derecho a ser informados periódica u oportunamente, y en manera comprensible, de la situación económica y financiera de la empresa que les da empleo. (2) Derecho a ser consultados a su debido tiempo acerca de las decisiones previstas que puedan afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores y, en particular, acerca de las que puedan tener consecuencias importantes sobre la situación del empleo en la empresa. (3) Derecho a determinación y mejora de las condiciones y organización del trabajo y del entorno laboral de la empresa en materias como salud y seguridad, u organización de servicios y facilidades sociales y socioculturales.

tecnológicas que afectan de diversas maneras al empleo y a las condiciones de los trabajadores, pero también a los efectos no deseados de despidos colectivos o reestructuraciones empresariales⁷.

1.4. Plan de acción para implementar la Carta de los Derechos Sociales Básicos

Un año más tarde la Comisión Europea (1989) establece un plan de acción para implementar la Carta de los Derechos Sociales Básicos. En su punto séptimo, menciona como uno de los elementos clave para el mercado único y el aumento de la competitividad, el desarrollo de los derechos a la información, consulta y participación de los trabajadores. En este apartado propone dos nuevas iniciativas.

La primera, se refiere a aspectos como la representación de los trabajadores en empresas con estructuras complejas y de dimensión europea, información general periódica sobre el desarrollo de la empresa y de manera relevante información en los casos en que tenga consecuencias en los intereses de los trabajadores tales como cierres, reducción de actividad, cambios organizativos de calado, etc. Se encuentra en la línea de los Derechos recogidos en la Carta.

Por su parte, la segunda de ellas alude al establecimiento por parte de la Comisión de iniciativas que den entrada a la participación financiera de los trabajadores en el capital de las empresas donde trabajan, así como en sus beneficios.

2. A partir de 1989

A partir de este momento se producen de manera específica estudios financiados por las instituciones comunitarias, así como dictámenes e informes de los diversos organismos comunitarios, cuya evolución será brevemente analizada a continuación, incidiendo en las políticas e hitos comu-

⁷ Estos derechos se han mantenido y profundizado en la evolución de la Unión Europea, de manera muy relevante en los últimos años coincidiendo con la crisis económica y las reestructuraciones, que exigen como contra punto el reforzamiento del dialogo social, y derivan como colofón en el texto más reciente de 2017 sobre el establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales, donde en su apartado 2 (condiciones laborales justas) recoge los ya consolidados derechos a la información, al dialogo social y la participación.

nitarios a los que acompañan. Los apartados se establecen en atención a las actuaciones principales de las instituciones comunitarias, en relación con el fomento de la participación financiera de los trabajadores.

2.1. Año 1992

Con el fin de dar cumplimiento al compromiso de 1989, la Comisión comienza con la financiación para la publicación de un estudio (PEPPER I, 1991) cuyo objetivo es definir el concepto a nivel comunitario de Participación Financiera de los Trabajadores, determinar sus virtualidades y riesgos, analizar la situación en algunos países de la Comunidad (el informe recoge once), así como sugerir medidas de fomento para la propia CEE.

Tras este informe, y con toda la información en él contenida, se aprueba la primera Recomendación comunitaria (Consejo de las CCEE, 1992) relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa (incluida la participación en el capital). En ella se invita a los estados miembro a garantizar estructuras jurídicas adecuadas, así como establecer estímulos fiscales y financieros que fomenten estos mecanismos, en atención a los beneficios que pueden suponer tanto para el trabajador como para las empresas.

Tras esta primera acción, la Comunidad Europea establece un sistema de informes periódicos (Lowitzsch 2012, Lowitzsch 2014, PEPPER II; PEPPER III, PEPPER IV, PEPPER III, PEPPER IV) que se complementan con otros llevados a cabo anualmente por EFES (European Federation of Employee Share Ownership) desde el año 2007 o EUROFOUND (Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo) desde 1990.

2.2. Año 2002

Podemos establecer el siguiente hito en cuanto a impulso por parte de la Comisión de la PFT en este año con la publicación de una Comunicación (Comisión Europea 2002), tras un amplio proceso de consulta en el cual participaron todas las partes interesadas, y en particular los interlocutores sociales. En todas las respuestas de los gobiernos, interlocutores sociales, y expertos se acoge favorablemente la iniciativa de la Comisión de volver a impulsar el debate sobre la participación financiera, y se anima a adoptar nuevas medidas para fomentarla.

En particular, existe un amplio consenso en torno a los principios generales enunciados en el documento de trabajo, la necesidad de eliminar los obstáculos transnacionales, la utilidad de incrementar el intercambio de información y experiencias, que puede incluir la realización de un estudio comparativo, y la identificación de buenas prácticas.

Este proceso incluyó también con una conferencia organizada conjuntamente con la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (EUROFOUND).

Esta comunicación concreta las recomendación de 1992, ya que pretende por un lado, facilitar orientación para el desarrollo de la participación financiera de los trabajadores en Europa definiendo una serie de principios generales. Por otro lado, persigue promover el uso de sistemas de participación financiera en toda Europa gracias a un marco de acción comunitario para los años 2002-2004. Y por último, plantea como objetivo proponer acciones concretas para superar los obstáculos transnacionales que impiden en la actualidad la introducción de sistemas de participación financiera de ámbito europeo.

Esta misma vinculación ya referida, entre los grandes hitos de la Unión Europea y los impulsos de promoción de la participación financiera de los trabajadores en la empresa, puede verse también ahora en relación con los objetivos de Lisboa del 2001 que estableció el meta aumentar la competitividad y el dinamismo de la economía europea basándose en el desarrollo del conocimiento y de la cohesión social (CESE 2003).

2.3. Año 2014

En este año se produce una nueva Resolución del Parlamento europeo (2014), basada en un informe del año anterior (Parlamento Europeo 2013).

En este periodo, nuevamente vuelve a ponerse de manifiesto la vinculación de la promoción de la PFT con otras grandes políticas comunitarias. En este caso con la Estrategia Europa 2020 (Comisión, 2010), subtitulada para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, y desarrollada con el fin de hacer frente a la crisis que asolaba Europa desde el año 2008.

En esta Resolución, el Parlamento, ante las dificultades para desarrollar un único modelo a nivel comunitario, que luego analizaremos, acoge un nuevo enfoque ya propuesto en el informe PEPPER III (2006). Se fundamenta en la idea de proponer una serie de mecanismos, de carácter

muy amplio que proponga diferentes soluciones, de carácter flexible, que a su vez sean compatibles con las medidas que hayan tomado los Estados miembro, en los que reside la soberanía en legal y fiscal en esta materia. El modelo, denominado *Building Block Approach*, de carácter voluntario, se fundamenta en las mejores prácticas para cada tipo y tamaño de empresa.

A finales de 2014, se presentan nuevas iniciativas de promoción de la PFT (Lowitzsch, 2014), siendo una de ellas un Centro Virtual Europeo que, por un lado, contenga información relativa a los 28 socios comunitarios y como novedad, el desarrollo de una calculadora que permitiera la comparación de los costes de los sistemas de PFT tanto en Seguridad Social como en impuestos (CETEPS: calculating effective tax rates for employees participation schemes), materializándose en 2015 (<http://www.intercentar.de>). Las propuestas de un centro por país y otro físico a nivel comunitario, no han fructificado.

Se proponía a medio plazo el establecimiento de un grupo de trabajo a nivel comunitario, un plan de acción y un código de conducta. A largo plazo, se insiste en la necesidad de materializar la propuesta del sistema de bloques, que aún no se ha producido.

El trabajo de la Unión Europea continúa y de hecho en septiembre de 2016 tuvo lugar una audiencia pública del Comité de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento europeo sobre la participación financiera de los trabajadores en la era de la digitalización presentándose dos ponencias una marco sobre la materia (Lowitzsch, 2016) y otra con los resultados de la última encuesta de EUROFOUND (Demetriades).

Se sigue solicitando, tanto desde el Parlamento Europeo, como desde otras organizaciones, como EFES (2016), que se lleven a cabo las acciones que se propusieron en 2014 (Lowitzsch), especialmente el plan de acción de fomento de la PFT.

En este momento, se percibe una auténtica oportunidad el marco del plan *Capital Markets Union (CMU)*, cuyo objetivo es crear un mercado de capital a nivel europeo para el año 2019 (Comisión, 2015). Se considera que la PFT debe constituir un elemento esencial en este plan (Deutsches Aktieninstitut, 2016), por lo que se deberá prestar especial atención a esta iniciativa y su desarrollo.

Una vez analizadas las acciones de impulso a la PFT, y su vinculación con las políticas de la UE, cabe centrarse, de manera más concreta y específica en las medidas de carácter legal y tributario, que desde la propia Unión

Europea y los diferentes agentes sociales, consideran clave para el fomento de la participación financiera de los trabajadores,

III. MEDIDAS LEGALES Y TRIBUTARIAS DE PROMOCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN FINANCIERA DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

En este marco descrito, la Unión Europea ha llevado a cabo acciones de diverso carácter con el fin de promover la participación financiera de los trabajadores en la empresa.

En la recomendación del Consejo (1992) junto con las medidas legales y fiscales que se van a desarrollar con más detalle a continuación, se invitaba a los Estados miembro a potenciar la sensibilización de los interlocutores sociales sobre la participación financiera de los trabajadores en el marco propuesto por la propia Comisión.

Para ello, destacan la creación de organismos a nivel nacional que promuevan la PFT y contribuyan a la creación de un sistema que lo estimule. Asimismo, consideran la promoción a través del diálogo social y sus argumentos positivos en términos de empleo, salario e implicación de los trabajadores (PEPPER II).

Por otro lado, consideran el intercambio de experiencias y buenas prácticas, las conferencias o los talleres como una forma de dar difusión a los diferentes modelos con el fin de lograr un mayor reconocimiento público del sistema. Se considera que esta difusión debe ser sistemática y además comparable (PEPPER III) Esta idea de comparabilidad resultaba fundamental, y por ello se propone un sistema de *benchmarking*, basado en la determinación y cuantificación de indicadores de desarrollo de la PFT (PEPPER IV).

Esta cuestión de la sensibilización, sigue siendo uno de los temas de referencia (Lowitzsch, 2014) y un importante déficit, sobre todo en el caso de pequeñas y medianas empresas.

Junto con esto, la Unión Europea, se ha centrado en el desarrollo de medidas en el orden legal y tributario, puesto que la experiencia en los diferentes países, demuestra la vinculación entre el incremento de este tipo de medidas y el avance en la PFT. Se analizará el potencial y las limitaciones de las mismas en el ámbito comunitario y las propuestas planteadas para superarlas.

1. Medidas legales

Una de las cuestiones que desde el primer momento se puso de manifiesto en todos los estudios y trabajos realizados era la necesidad de disponer de un adecuado marco legal en los diferentes países, que permitiera llevar a cabo políticas de participación financiera de los trabajadores en su empresa.

En un primer momento, se consideró la técnica de la Directiva como el mecanismo para lograr este marco adecuado, con el fin de lograr un deseable nivel de armonización a nivel comunitario (Parlamento Europeo, 1983). De esta manera se pretendía disminuir las diferencias existentes entre los diferentes países miembro, que irían transponiendo a sus legislaciones internas la normativa europea, logrando un importante impulso y avance, así como la ansiada dimensión europea de estos tipos de mecanismos, que superaran las fronteras de los países y fuera aplicable a empresas transeuropeas.

Tras esta primera consideración y tras reparar en la distribución de competencias entre los Estados miembro y la Comunidad Europea, se descarta el establecimiento de una normativa a nivel comunitario. De hecho no está recogida en la primera recomendación (Consejo de las Comunidades Europeas, 1992) y el posicionamiento es explícito ante una pregunta de un europarlamentario (Cushannan, 1991) y la respuesta de la Comisión (Papandreu, D., 1992).

En dicha respuesta se indica que la Comisión no tiene intención de proponer legislación comunitaria en este campo para el futuro. La acción a escala comunitaria consistirá fundamentalmente en fomentar el uso de dichos planes de participación financiera mediante la difusión de información pertinente, el fomento de intercambios de experiencias realizadas con ellos y otras actividades de naturaleza similar⁸.

La Unión Europea, a pesar de reconocer la utilidad de los regímenes PFT en este ámbito y de reconocer los efectos negativos debidos a las divergencias en los sistemas jurídicos, tributario y de seguridad social ve inviable la armonización de normas al respecto (CESE 2003) Las cuestiones de sub-

⁸ De ahí el interés y el impulso en los trabajos comparativos (PEPPER I a IV; Lowitzsch, 2014), en los trabajos con otras instituciones similares (European Trade Union Confederation, ETUC; EUROFOUND); la creación de grupos de expertos, consultas a los estados miembro o trabajos sobre buenas prácticas en algunos países, como el caso español (Fajardo, 2016) o el modelo estadounidense.

sidiariedad y la persistencia de incertidumbre sobre posibles armonizaciones de la tributación restan probabilidad y conveniencia a la acción legislativa a nivel de la UE en estos ámbitos (Informe Parlamento Europeo 2013).

Se trata de materias cuya competencia exclusiva corresponde a los Estados miembro y se exige para cualquier decisión la unanimidad. La opción de establecer qué cuestiones podrían ser objeto de aprobación, que requirieran no unanimidad, sino mayoría, fue también valorada (PEPPER III) si bien se considera que su efecto sería muy limitado, dado que en esta categoría entran muy pocos supuestos. Por el contrario, establece, vía Recomendación, que sean las legislaciones internas de cada país las que introduzcan estructuras jurídicas que garanticen fórmulas de participación.

De hecho, el Comité Económico y Social (1992) se muestra contrario a cualquier movimiento por parte de la Comisión que con el fin de establecer mecanismos a nivel europeo que promuevan la PFT y que impliquen un movimiento de armonización de los regímenes fiscales o jurídicos.

También se muestran dudas razonables de la posibilidad de incardinar la acción legislativa comunitaria en esta materia en el marco del Estatuto de la Sociedad Europea. Se objeta en el sentido que estas empresas transnacionales podrían gozar de un trato privilegiado, y también plantea cuestiones difíciles en materia de derecho de competencia. A pesar de ello, se reconoce que la inexistencia de un régimen europeo, inhibiría a las empresas transnacionales a la hora de desarrollar estructuras de participación óptimas debido a las diferencias existentes entre países (CESE 1992).

De hecho, en la aprobación del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, SAE, (Consejo de la Unión Europea, 2001 a), nada se recoge al respecto, y en la Directiva que lo complementa (Consejo de la Unión Europea, 2001 b) en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, se centra en la regulación de los derechos de información y consulta para estas entidades transnacionales. Así y todo, sigue habiendo voces que reclaman una modificación de la SAE para incluir un sistema de participación financiera de los trabajadores en empresas con dimensión transfronteriza (PEPPER III).

Junto a los objetivos positivos de la armonización, se ponen también de manifiesto los efectos negativos que esta podría tener. Se menciona el impedimento de la necesaria flexibilidad y articulación de las políticas nacionales, sobre todo en aquellos países que ya cuenta con políticas propias, apoyos de sus gobiernos y tradición y buenas prácticas en la PFT (CESE, 2003).

Esta situación plantea por tanto, cuál puede ser entonces el papel de la Comisión en materia de promoción de la PFT. Por un lado, se considera como una de las mejores vías el establecimiento de unos principios generales, con una amplia base de acuerdo sobre ellos y fácilmente adaptables a los diferentes contextos. De esta manera, se facilita a los Estados miembro su extrapolabilidad y aplicación a través de políticas y normativas internas, sin injerencias en cuestiones competenciales (CESE, 2003).

Por otro lado, se propone uno o más regímenes europeos de participación financiera adaptables a los diversos contextos nacionales, de manera que los Estados miembro puedan optar por alguno de ellos como buena práctica para su país. (CESE 2003). Se formuló un sistema denominado *Building Block Approach* (PEPPER III), ya mencionado, donde se recogieran los sistemas ya existentes, junto con otras medidas amplias y mecanismos que incentiven la PFT, siendo los elementos compatibles entre sí. Los países, de manera voluntaria, podrían reconocer parte de los elementos, combinándolos entre sí. De esta forma, pasarían a incrementar su legislación interna en esta materia. La ventaja adicional que aporta, es que permite la posibilidad de que sigan existiendo diferencias en la cultura jurídica de los Estados miembro en tanto en cuanto los sistemas nacionales continuarían existiendo en paralelo.

A pesar del apoyo que ha tenido esta iniciativa a nivel tanto de los órganos comunitarios como de los diferentes agentes, no se ha visto materializada. En este momento, el interés está focalizado en las posibilidades que pueda ofrecer la creación de un mercado europeo de capitales (*Capital Markets Union*), con el horizonte temporal del 2019 y la oportunidad que para la PFT pueda suponer.

2. Medidas Fiscales

Una de conclusiones a las que se llega ya con los primeros estudios realizados, es la diversidad existente tanto a nivel legal ya mencionada, como también de regímenes fiscales aplicados a los supuestos de PFT en los diferentes países analizados (PEPPER I). Divergencia que se ha mantenido a lo largo de los años según los diferentes estudios.

También se llega a la conclusión de que aunque los incentivos fiscales no son un requisito indispensable para la participación financiera de los trabajadores, aquellos países que los ofrecen, muestran resultados claramente positivos. De hecho, la mayor parte de la legislación de los países miembro, tienen que ver con materia de incentivos fiscales y financieros

(CESE, 2010; Comisión Europea, 1997; PEPPER I; PEPPER III; PEPPER IV).

Efectivamente, se observa la correlación existente entre el establecimiento de beneficios fiscales aplicables a la PFT y el incremento de dichas experiencias en los países. De hecho, en los estudios llevados a cabo en Europa Occidental se observa un incremento de los fenómenos de PFT de manera más marcada tras las políticas de incentivos fiscales llevadas a cabo en dicho país (PEPPER IV).

En los países es que se ha producido un incremento de la PFT sin que hubiera una normativa fiscal incentivadora, como el mismo informe indica, se debe a circunstancias específicas como procesos de privatización (por ejemplo en Portugal en la década de los 90). En otros países, como por ejemplo Grecia, otros problemas derivados de una regulación compleja y de la escasez de información, dificultan la evolución positiva de fórmulas de participación financiera de los trabajadores. El caso español es también paradigmático, ya que se constata que hay otros factores que también inciden y que de hecho se puede producir casos relevantes de PFT sin un modelo especialmente promocionador de estos modelos, como el caso de las Sociedades Laborales en España (Fajardo, 2016).

Se suele mencionar el caso de las ESOP norteamericanas como el modelo por excelencia donde se maximizan los incentivos fiscales y financieros, siendo el país donde más éxito y desarrollo han tenido estos esquemas de participación. Así se refleja, que tras el impulso dado a través de medias fiscales se considera que el crecimiento fue impresionante (sic) en sus primeros años de aplicación: de 7 millones de participantes en 1985 hasta alcanzar los 10 millones tan solo 5 años (PEPPER I).

Así y todo, algún estudioso de la materia considera que si los beneficios a nivel macroeconómicos, sobre todo, son tan relevantes (alcanzar el pleno empleo y evitar la estanflación) no haría necesario desarrollar ningún beneficio desde el punto de vista fiscal o financiero, o como mucho de manera temporal. El objetivo sería evitar los mecanismos de PFT de tipo «cosmético», que solo persiguen la consecución de los beneficios fiscales (PEPPER I, 1991 citando a Estrin, Grout, y Wadwani, 1987). Esta opinión es claramente minoritaria y de hecho en todos los estudios y análisis se sigue incidiendo en el efecto positivo en los esquemas de PFT y la conveniencia de que los Estados miembro lleven a cabo este tipo de medidas como instrumento eficaz para fomentar su difusión (CESE 2010; Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios 2013; informe Parlamento, 2013; PEPPER IV).

Como sucede con el caso de las potenciales medidas legislativas, las de carácter tributario son también competencia exclusiva de los Estados miembro, como parte de su soberanía, dado que se relacionan con medidas recogidas en impuestos directos (no armonizados) y no en indirectos (como por ejemplo el IVA, donde sí se ha producido un nivel importante de armonización)⁹.

En este marco competencial las posibilidades de la Unión Europea en materia de fiscalidad de la PFT resulta muy limitada ya que impide un modelo único que prevaleciese sobre los sistemas nacionales. Dentro del sistema denominado *Building Block Approach* (PEPPER III), se incluirían acciones y medidas de carácter tributario. Lo mismo que para el supuesto de las medidas de orden legal, se trata de un modelo orientativo, de carácter complementario y voluntario para los estados miembro. Recogería a través de un modelo sencillo y homogéneo de incentivos fiscales en toda la UE. Se presume, que con ello, podría aumentar de manera importante el número de casos donde existe voluntad de introducir la participación financiera de los trabajadores, ya que esto facilitaría la estructuración de las ofertas disponibles en los conglomerados de empresas (CESE 2010; informe parlamento, 2013).

Preocupa a nivel comunitario el impacto negativo que tienen la diferencia en cuanto a sistemas fiscales nacionales en materia de PFT en la movilidad de los trabajadores y de capitales, dos de las libertades básicas en las que se fundamenta la UE. Así como la limitación del número de empresas con actividades transfronterizas. Por ejemplo, para introducir la participación financiera de los trabajadores en las sucursales en el extranjero, en la mayoría de los casos se llevan a cabo estudios e informes periciales, lo que aumenta considerablemente el coste del proceso y en muchas ocasiones, dadas las dificultades que se plantean, producen el desistimiento (CESE 2010). El objetivo sería promover la igualdad de condiciones, no obstaculizar la internacionalización de las empresas, así como evitar la doble imposición y la discriminación (Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios 2013).

Lo mismo, que en el supuesto del apartado anterior, se trata de un aspecto no solucionado y directamente relacionado con el difícil proceso de armonización de los impuestos directos en la Unión Europea.

⁹ Se puede encontrar un análisis detallado de los diferentes modelos fiscales utilizados en relación con las diversas modalidades de PFT y sus efectos, en el IV Informe PEPPER (2008) y los trabajos del Prof. Lowitzsch (2012, 2014).

IV. CONCLUSIONES

Según el último barómetro publicado en junio por EFES (2017), desde la década de los 80 se ha producido un incremento continuo del número de trabajadores accionistas de su empresa en Europa. Esta tendencia, que se modificó entre 2011 y 2015, estuvo motivada por la crisis económica que padecía la región.

Como factor fundamental para lograr este objetivo, tanto este estudio, como las referencias que hemos ido mencionando a lo largo del capítulo, ponen de relieve el apoyo de los Gobiernos en materia legal y sobre todo fiscal. De manera que se produzca un efecto tipo *círculo virtuoso*, ya que la PFT favorece otros elementos esenciales a nivel económico y social como son el empleo, la productividad, la creación de riqueza y la cohesión social.

La Unión Europea, desde la década de los 70 y de manera más incisiva desde la siguiente década, ha estudiado y promocionado la participación financiera de los trabajadores en la empresa vinculando esta materia con sus políticas generales, consciente de esta correlación y sus efectos positivos.

Así y todo, los instrumentos de los que dispone la UE en estos dos ámbitos, son muy limitados, pues están sujetos a la soberanía de los Estados miembro y requieren de una unanimidad, imposible de lograr en este momento. A pesar de esta dificultad, sí se han dado pasos en materia de fomento, sobre todo a través de estudios, sensibilización, y recomendación para que los Estados promuevan la PFT. De facto, actualmente 18 países promueven políticas de fomento de la participación de los trabajadores, número que se ha ido incrementando desde los primeros estudios (PEPPER I), en los que, salvo incipientes desarrollos, se encontraban los casos más evolucionados en Francia y Reino Unido.

Bibliografía

- ACTA ÚNICA EUROPEA (1986). *Instrumento de ratificación del Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986. BOE n° 158 de 3 de julio de 1987.*
- CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1992). *Recomendación del Consejo de 27 de julio de 1992 relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa (incluida la participación en el capital).* 92 / 443 / CEE, DOCE L 245/53.
- COMISIÓN DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y MONETARIOS (2013). *Opinión en Comisión de Empleo y Asuntos Sociales (2013). Informe sobre la participación financiera de los trabajadores en los beneficios de las empresas.* 2013/2127(INI).
- COMISIÓN DE EMPLEO Y ASUNTOS SOCIALES (2013). *Informe sobre la participación financiera de los trabajadores en los beneficios de las empresas.* 2013/2127(INI).

- COMISIÓN EUROPEA, EMPLOYEE PARTICIPATION IN ASSET FORMATION- Memorandum from the Commission 27 August 1979) COM (79) 190 final, Bulletin of the European Communities, supplement 6/79.
- COMISIÓN EUROPEA (1989). *Communication from the Commission concerning its action programme relating to the implementation of the Community Charter of basic Social Rights for workers*. COM (89) 568 final.
- (1997). *Cooperación para una nueva organización del trabajo, libro verde*, Boletín de la Unión Europea, suplemento 4/97.
 - (2002). *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores*. COM (2002) 364 final.
 - (2010). *Comunicación de la Comisión: Europa 2020. Una estrategia para un Crecimiento Inteligente, Sostenible e Integrador*. COM (2010) 2020 final.
 - (2015). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de acción para la creación de un mercado de capitales*. COM (2015) 468 final.
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, CESE (1992). *Dictamen sobre la propuesta de Recomendación del Consejo relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa (incluida la participación en el capital)*, DO n° C 18 de 21. 4. 1992.
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, CESE (2003). *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores»*. COM (2002) 364 final.
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, CESE (2013). *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Participación financiera de los trabajadores en Europa» (Dictamen de iniciativa)*. 2011/C 51/01.
- CONSEJO DE EUROPA (1961). *Carta Social Europea*. Tomada del instrumento de ratificación de 29 de abril de 1980 de la Carta Social Europea. BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980.
- (1988). *Protocolo adicional a la Carta Social Europea*. Tomada del instrumento de ratificación por parte del España del Protocolo adicional a la Carta Social Europea. BOE núm. 99, de 25 de abril de 2000.
 - (1976). *Joint Statement adopted at the end of the Tripartite Conference on employment and stability in the Community*. OJ C 173/1.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2001 a). *Reglamento (CE) No 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)*.
- (2001b). *Directiva 2001/86/CE del Consejo de 8 de octubre de 2001 por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores*.
- CUSHNAHAN, J., (1991). *Preguntas escritas n° 2863/91 2866/91 del Sr. John CUSHNAHAN a la Comisión. Participación financiera de los trabajadores*. DO C 269 de 19.10.
- DELORS, J., (1990) en *Comunidades Europeas - Comisión, Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, p. 3.

- DEMETRIADES, S., (2016). *Financial participation in European establishments: evidence from the Eurofound European Company Survey*? at the public hearing of the Committee on Employment and Social Affairs of the European Parliament on «Employee financial participation in the age of digitalisation». Recuperado el 8 de junio de 2017 de <http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/106310/Presentation-S.Demetriades%20-%20Financial%20participation%20in%20European%20establishments.pdf>.
- DEUTSCHES AKTIENINSTITUT (2016). *Employee Share Ownership as Pivotal Part of the Capital Markets Union, position paper*. Recuperado el 4 de julio de 2017 de <http://www.efesonline.org/DE/2017/2017-03-16%20DAI%20employee%20share%20ownership.pdf>.
- EFES, European federation of employee share Ownership (2016). *Which European Policies for Employee Share Ownership? Intentions and Expectations. Report of the European Conference Brussels 19 May 2016*. Recuperado el 4 de julio de 2017 de <http://www.efesonline.org/2016/Tenth%20European%20Meeting/EFES%20CONFERENCE%20REPORT%20160613.pdf>.
- (2017). *Barometer Of Employee Share Ownership Policies In European Countries June 2017*, recuperado el 17 de julio de 2017 de www.efesonline.org/EFES%20NEWS/2017/EFES%20NEWSLETTER%20-%20206-2017%20EN.htm.
- FAJARDO GARCÍA, G., (2016). *Employee Financial Participation: Spain's Sociedades Laborales*. IP/A/EMPL/2016-01 PE 587.300.
- LOWITZSCH, J., (2012). *Employee Financial Participation in Companies' Proceeds*. IP/A/EMPL/ST/2011-02 PE 475.098.
- (2014). *The promotion of employee ownership and participation*. Recuperado el 8 de junio de 2017 de http://ec.europa.eu/dgs/internal_market/studies/.
- (2016). *Automation, digital revolution and capital concentration: The elephant in the room - A race for the machine? at the public hearing of the Committee on Employment and Social Affairs of the European Parliament on «Employee financial participation in the age of digitalisation»* Recuperado el 8 de junio de 2017. de <http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/109880/FinalAutomation%20and%20capital%20concentration%20-%20EP%20Hearing%20-%20Lowitzsch%20IX%202016.pdf>.
- PAPANDREU, V., (1990) en *Comunidades Europeas - Comisión, Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, pp. 5-6.
- (1991). *Respuesta de la Sra Papandreu en nombre de la Comisión a las preguntas escritas n° 2863/91 2866/91 del Sr. John CUSHNAHAN a la Comisión. Participación financiera de los trabajadores*, DO C 269 de 19.10.1992.
- PARLAMENTO EUROPEO (1983). *Resolution on the memorandum of the Commission on employee participation in asset formation*. OJ C 307/68.
- (2014). *Resolución del Parlamento Europeo sobre la participación financiera de los trabajadores en los beneficios de las empresas*. 2013/2127(INI).
- PEPPER I (1991). *European Commission, The Pepper Report, Promotion of employee participation in profits and enterprise results*, Social Europe supplement 3/91.
- PEPPER II (1996). *Promotion of participation by employed persons in profits and enterprise results (including equity participation) in Member States*.
- PEPPER III (2006). *Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the New Member and Candidate Countries of the European Union*. Rome/Berlin.

PEPPER IV (2008). *Benchmarking of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the Member and Candidate Countries of the European Union*. Berlin.

Participación sindical en las empresas de la Unión Europea

PERE J. BENEYTO

*Profesor Titular de Sociología
Universidad de Valencia*

SUMARIO: I. AFILIACIÓN. II. REPRESENTACIÓN. III. NEGOCIACIÓN COLECTIVA. IV. PARTICIPACIÓN. Bibliografía.

Un reciente informe de la Fundación Europea para el estudio de las condiciones de trabajo (Eurofound, 2016a), que actualiza y amplía otro anterior del *Grupo de alto Nivel sobre relaciones laborales y cambio industrial* (Comisión Europea, 2002), propone evaluar los sistemas de relaciones laborales, atendiendo a cuatro dimensiones clave: democracia industrial, competitividad económica, trabajo y empleo de calidad y justicia social, sobre las que la crisis y los cambios normativos e institucionales a ella asociados habrían ejercido un impacto desigual.

La primera de dichas dimensiones fue formulada inicialmente por Beatrice y Sidney Webb a finales del siglo XIX en un libro titulado, precisamente, *La democracia industrial* (Webb, 2004) en el que identifican a los sindicatos como organización de agregación y representación de los intereses de los trabajadores y a la negociación colectiva como institución de participación e intermediación, siendo ambos los pilares básicos para la introducción de la democracia en los centros de trabajo.

A partir de esta definición inicial, la práctica de las relaciones laborales habría ido ampliando el concepto tanto en sus contenidos (derechos de información, consulta y participación) (Poole et al. 2011) como en sus ámbitos (empresa, sector) (Hyman, 2016) e interlocutores (patronal, Estado, sociedad) (Kaufman, 2004).

A efectos analíticos las subdimensiones que desde las instituciones comunitarias se proponen para la evaluación de la democracia industrial son:

- Representación de los trabajadores, tanto en términos de afiliación directa a los sindicatos (*presencia*) como de intervención delegada a través de mecanismos electorales (*audiencia*).
- Poder de negociación (*influencia*) mediante procesos de diálogo y/o de conflicto en base a la autonomía de los interlocutores sociales en el ejercicio de sus funciones (negociación colectiva, diálogo social), frente a la tendencia creciente al unilateralismo por parte de los poderes públicos.
- Participación, directa o indirecta, en la toma de decisiones en la empresa.

Por su parte, la *competitividad económica* incluye tanto factores macroeconómicos (PIB, demografía empresarial, productividad, inflación) como los derivados de las políticas del mercado de trabajo (salarios, costes laborales), la inversión en I+D+i, recursos financieros, capital físico y humano disponible.

Los propios agentes sociales europeos (ETUC, UNICE, CEEP, UEAP-ME, 2016) coinciden en que existe una compleja interacción entre competitividad económica y relaciones laborales, de forma que ambas pueden retroalimentarse positivamente o generar dinámicas distorsionadoras.

Procede consignar en este punto la existencia de un amplio y creciente volumen de investigaciones empíricas (Berg, 2015; OCDE, 2014; Stiglitz, 2012; Western y Rosenfeld, 2011; Baccaro, 2008, entre las más recientes) que avalan la existencia de correlaciones positivas entre intervención sindical y negociación colectiva de una parte y, de otra, crecimiento de la economía formal y disminución de la desigualdad social, tanto a nivel local como global (Beneyto, 2015).

La tercera de las dimensiones clave de las relaciones laborales es la relativa al empleo, tanto en términos cuantitativos (evolución y distribución de la actividad, empleo, paro) como cualitativos (seguridad contractual, salud laboral, formación, conciliación...) y la resultante de ambas que la OIT define como *trabajo decente*, que incluye la defensa y promoción de objetivos en materia de empleo, salarios, protección social, etc. Y no solo de estos, sino también de otros definidos como «derechos habilitadores» (Barrientos et al., 2011) de difícil cuantificación (libertad sindical y de negociación colectiva), pero de necesaria articulación para garantizar unas relaciones laborales modernas, que contribuyan a transformar el crecimiento económico en progreso social.

Finalmente, la *justicia social* entendida como distribución equitativa y no discriminatoria de recursos y oportunidades se considera como uno de los objetivos centrales de las relaciones laborales (Kaufman, 2004), si bien en el contexto de la crisis actual la narrativa neoliberal tiende a marginarla en beneficio absoluto (y abusivo) de la competitividad económica (Habermas, 2015).

I. AFILIACIÓN

En los últimos años han proliferado los estudios e investigaciones, de ámbito tanto nacional como europeo, sobre los factores determinantes de la afiliación y la representación sindicales distinguiendo entre los de nivel macro (coyunturales, estructurales e institucionales) y los de nivel micro (sociodemográficos y culturales), tal y como hemos analizado de manera sistemática en otra parte (Beneyto et al., 2016).

Respecto de los factores macro, los estudios realizados han intentado evaluar la influencia sobre la afiliación sindical de la evolución del ciclo económico (Bain y Elsheikh, 1976; Chechi y Visser, 2005), los cambios en la estructura ocupacional desde el paradigma industrial al terciario (Ebbinghaus y Visser, 2000; Bryson et al., 2011), la distribución del empleo según el tamaño de los centros de trabajo y la titularidad pública o privada de los mismos (Bain, 1983; Hartley y Stephenson, 1992) y, a nivel institucional los cambios en la estructura, cobertura y contenidos de la negociación colectiva (Clegg, 1986; Ryley, 1997), la vigencia del *sistema Ghent* de participación sindical en la provisión de prestaciones sociales (Western, 1997; Scruggs, 2002).

Desde la perspectiva micro, las investigaciones se han orientado a analizar el peso de las variables sociodemográficas (sexo, edad, nivel de estudios, origen) y laborales (sector de actividad, tipo de contrato, antigüedad en la empresa, nivel salarial) en la propensión a la afiliación sindical (Schmabel y Wagner, 2007; Fazekas, 2011; Ebbinghaus et al., 2011) e, incluso, las de carácter cultural relacionadas con la orientación ideológica (Riley, 1997; Hague et al., 1998) y los valores individuales o cooperativos de las personas (Visser, 2002).

Respecto de las motivaciones e incentivos para la afiliación, la literatura especializada (Freeman y Medoff, 1984; Klandermans, 1986; Cregan, 2005; Blanchflower, 2007; Checchi et al. 2010; Toubol y Jensen, 2014) distingue entre las de tipo instrumental (búsqueda de protección y/o servicios),

identitario (proximidad a los valores y propuestas de la organización) y de sociabilidad (relaciones personales y de grupo).

En conjunto, las investigaciones sobre los determinantes de la afiliación sindical, de carácter tanto cuantitativo como cualitativo, han generado una considerable producción empírica y validado algunas de sus principales hipótesis. Especialmente significativos resultan los análisis multivariantes realizados por diferentes equipos de investigación sobre datos de la *Encuesta Social Europea* (Sano y Williamson, 2008; Scheuer, 2011; Schmitt y Mitukiewicz, 2011; Turner y D'Art, 2012; Schnabel, 2013), que tomando como variable dependiente la tasa neta de afiliación sindical sobre población asalariada (excluyendo parados, jubilados, pensionistas, autónomos, etc.) estudian su correlación con las principales variables dependientes (sociodemográficas, estructurales e institucionales) de las que se dispone información.

Tales investigaciones presentan un alto grado de coincidencia en sus resultados lo que nos permite, a efectos expositivos, clasificar las variables estudiadas en tres grandes grupos, según su mayor o menor influencia sobre los procesos afiliativos:

- a) *Impacto fuerte*: ciclo económico (la afiliación sindical tiene un comportamiento pro-cíclico, aumentando con el crecimiento del empleo y los salarios y disminuyendo en su fase recesiva, si bien en ambos casos con un cierto décalage temporal), el tamaño de la empresa y la antigüedad en la misma, la existencia de estructuras sindicales en el centro de trabajo (delegados, comités de empresa, secciones sindicales) y las instituciones del sistema Ghent (vigente sólo en Bélgica y países escandinavos).
- b) *Impacto medio*: sector de actividad (mayor propensión afiliativa en la industria y los servicios públicos y más baja en los privados), situación contractual (la tasa de afiliación aumenta entre los fijos y disminuye entre los temporales), edad y nivel de estudios (relación curvilínea).
- c) *Impacto débil*: en términos de afiliación sindical la brecha de género presenta una distribución desigual, si bien con tendencia a reducirse llegando, incluso, a invertirse en algunos países (Dinamarca, Finlandia, Suecia, Reino Unido, entre los más importantes), siendo también poco significativa la nacionalidad de origen de los trabajadores. Por su parte, el modelo de negociación colectiva genera un impacto desigual sobre la afiliación, en función de si su estructura (centralización-descentralización) y tipo de cobertura (universal-sindicalizada) activan en mayor o menor grado los mecanismos de *free-riding*.

Un análisis multivariable realizado sobre datos de la Encuesta Social Europea (Van Gyes, 2006) concluyó que cuando coinciden las circunstancias más favorables (trabajadores mayores de 30 años, con contrato permanente en empresas medianas y grandes de la industria o los servicios públicos, y presencia sindical en el centro de trabajo) la tasa media de afiliación (23%) aumenta hasta alcanzar el 61%, mientras que en el polo opuesto (trabajadores jóvenes, con contratos precarios en el sector de los servicios privados y microempresas sin presencia de estructuras sindicales) ésta disminuye radicalmente hasta situarse en torno al 3%.

Estas son, en síntesis, las pautas afiliativas que se han ido configurando en las tres últimas décadas y que afectan de forma transversal a todos los países europeos, si bien el desigual grado de desarrollo de los factores determinantes analizados, así como las estrategias de renovación implementadas por las respectivas organizaciones sindicales, explican las diferencias existentes, inter e intra los principales sistemas de relaciones laborales, tanto en sus tasas de sindicalización actual como en la evolución reciente de las mismas.

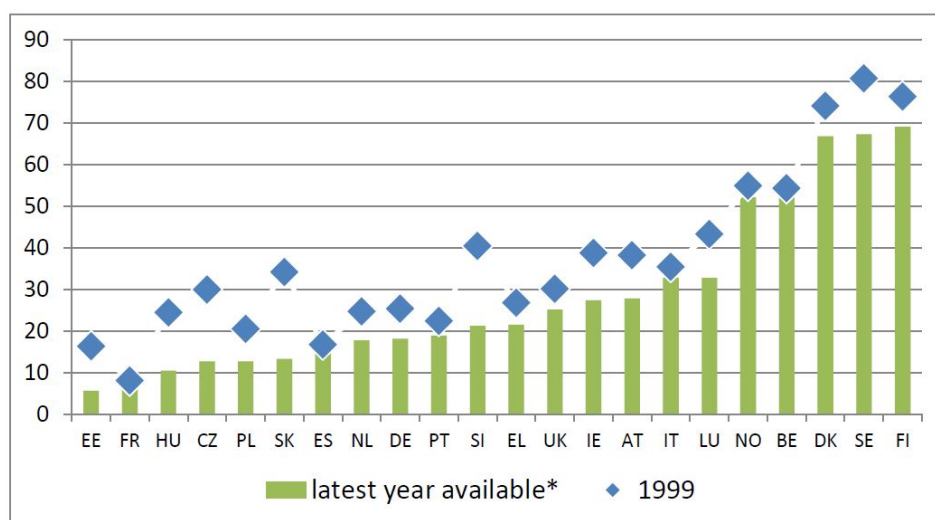
Desde una perspectiva diacrónica, el análisis de la evolución de la afiliación sindical en Europa a partir de 1960, atendiendo tanto a sus valores absolutos como relativos (Schnabel, 2013), aporta evidencia empírica suficiente para impugnar los recurrentes tópicos de matriz neoliberal sobre la crisis estructural y el inevitable ocaso del sindicalismo (Troy, 2004) provocado por la globalización, el cambio tecnológico y su (supuesta) concentración defensiva en los viejos reductos del jurásico industrial.

Los datos disponibles demuestran, por el contrario, el mantenimiento de importantes niveles de sindicalización así como sus dificultades para la agregación y representación integral de una clase trabajadora crecientemente segmentada, lo que habría provocado a partir de la década de los ochenta una reducción media de las tasas de afiliación que no parece, sin embargo, ni homogénea en función de las diferentes variables ocupacionales estudiadas ni generalizable al conjunto de países de la Unión Europea.

Dicha diversidad se ha mantenido incluso en los últimos años (*gráfica 1*) durante los que el impacto generalizado de la crisis no ha alterado significativamente el ranking de afiliación entre los diferentes países y modelos de relaciones laborales (Bryson et al., 2011; Schmitt y Mitukiewicz, 2011).

Según los datos registrados por ICTWSS¹, entre 2000 y 2007 la afiliación sindical en la UE disminuyó en un 2,2%, hasta situar su tasa media en el 23,4 por cien sobre el total de la población asalariada, si bien no se trataba de una tendencia generalizada pues se registraron aumentos absolutos en 8 países (Bélgica, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia y Portugal) y caídas inferiores a la media en otros dos (Reino Unido y Suecia).

Gráfica 1. Tasas de afiliación en la Unión Europea (1999-2014)



Fuente. ICTWSS y Eurofound (2016)

Durante la fase recesiva del ciclo la caída en términos absolutos fue mayor (-5,2% de media), si bien la reducción de la población asalariada amortiguó su impacto sobre la tasa relativa (22,3% en 2014). Con todo, no se trata tampoco de una disminución homogénea, sino que se registraron aumentos de la afiliación en Bélgica, Italia y, en menor medida, Francia, así

¹ *Data Base on Institutional Characteristics of Trade Unions, Wage Setting, State Intervention and Social Pacts (ICTWSS)*, gestionada por el Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de Amsterdam (www.uva-aias.net/208).

Véase también el informe de Eurofound (2016) *Developments in working life in Europe*.

<https://www.eurofound.europa.eu/es/publications/report/2016/working-conditions-industrial-relations/developments-in-working-life-in-europe-eurwork-annual-review-2015>.

como variaciones muy desiguales en los demás países, siendo especialmente importantes las de los más afectados por la crisis, con caídas que oscilan entre el 15% de España y el 32% de Grecia.

Por su parte, los estudios comparados han permitido constatar que la densidad afiliativa de cada país (*tabla 1*) o área (escandinava, centroeuropea, anglosajona, mediterránea y oriental) está muy determinada por las características del sistema de relaciones laborales en que operan los sindicatos (Ebbinghaus y Visser, 1999; Traxler, 2001), existiendo pautas comunes y diferenciadas en cada uno de ellos (Bernaciak et al., 2015; Comisión Europea, 2015).

Tabla 1. Sistemas de relaciones laborales e indicadores de sindicalización, 2014

Sistema RR.LL.	Afiliación	Representación	Cobertura NC
Escandinavo (DK-FI-SE)	67,7	78	89
Centroeuropeo (AT-BE-DE-LU-NL-SI)	26,5	56	83
Mediterráneo (EL-ES-FR-IT-PT)	19,2	55	69
Anglosajón (CY-IE-MT-UK)	25,9	43	31
Oriental (BG-CZ-EE-HR-LV-LI-HU-PL-RO-SK)	12,8	32	25
Total UE-28	22,3	50	61

Fuente. ICTWSS.

Así vemos como los países escandinavos, caracterizados por un sistema consolidado de Estado de Bienestar de tradición socialdemócrata, concertación social corporatista, concentración de la negociación colectiva y participación institucional de los sindicatos (sistema Ghent), presentan tasas de afiliación muy altas (67,7% de media en 2014 y relativamente estables).

Por su parte, el modelo germánico de relaciones laborales (nivel medio-alto de institucionalización de la participación sindical, negociación colectiva sectorial de amplia cobertura y diálogo social tripartito) presenta actualmente una tasa media de afiliación del 21,3% (salvo en Bélgica, donde tuvo su origen el *Sistema Ghent*, que alcanza el 55,1%), que compensa con un sistema de representación dual (sindicatos y comités de empresa) muy desarrollado.

En el área anglosajona, de tradición liberal y escasa regulación legal de las relaciones laborales, la estructura sindical y de negociación colectiva está muy fragmentada y reducida prácticamente a los centros de trabajo, lo que configura un sindicalismo de fuerte base afiliativa (25,9% de media), aunque con dificultades de proyección supraempresarial.

El sistema mediterráneo de relaciones laborales presenta un pluralismo sindical mayor y menores niveles de afiliación (19,2% de media, oscilando entre el 7,7% de Francia y el 37,3% de Italia), así como estructuras de representación dual, negociación colectiva universal y participación institucional (objeto reciente de reformas restrictivas), lo que constituye, paradójicamente, tanto la fortaleza del modelo (amplia representatividad y cobertura) como su debilidad (efecto *free rider* que desincentiva la afiliación y la participación), resultando por ello más sensible al impacto de la crisis económica y los cambios políticos.

Finalmente, los países del área oriental se caracterizan por la débil regulación normativa e institucional de sus relaciones laborales, baja cobertura de la negociación colectiva y una estructura sindical muy débil y fragmentada (12,8% de media), en la que se concentra más de la mitad de la caída de la afiliación total de la UE entre 2000 y 2014.

II. REPRESENTACIÓN

La representación de los trabajadores en las empresas, su regulación legal e intervención real, constituye uno de los rasgos definitorios del *modelo social europeo*, concretándose para cada país en formatos institucionales, estructuras organizativas y tasas de cobertura diferentes, como resultado del desarrollo de sus respectivos sistemas de relaciones laborales.

Se trata, en todos los casos, de articular mecanismos de agregación y representación de los intereses de los trabajadores para su defensa, promoción y negociación con la contraparte (las empresas), al tiempo que se acredita, desde la base, la representatividad de los sindicatos para su intervención legítima en el marco supra-empresarial de las relaciones laborales, la negociación colectiva sectorial y la participación institucional.

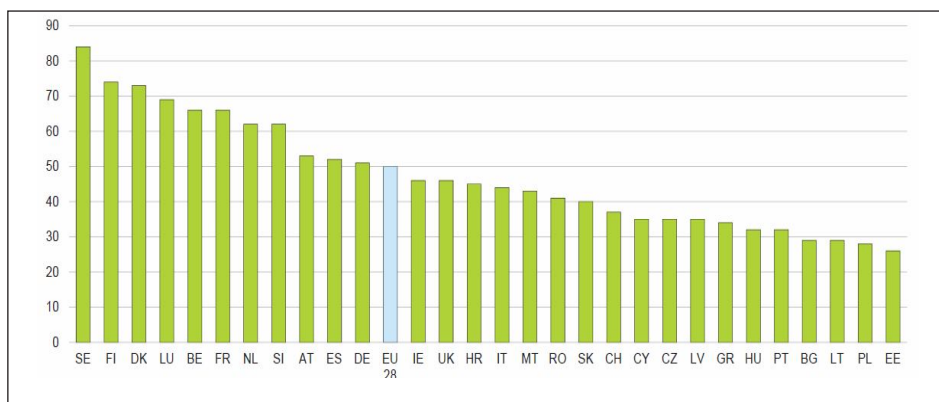
La aprobación por las instancias comunitarias y posterior traslación a las legislaciones nacionales de la Directiva 2002/14/CE, reguladora de los derechos de información y consulta, ha tenido como resultado un impulso a las estrategias de representación y un aumento incluso de la cobertura de las instituciones desarrolladas al efecto por los diferentes modelos de rela-

ciones laborales (canal doble o único, cobertura universal o restringida), que amplían notablemente las tasas de afiliación sindical ensanchando con ello su área de *influencia* a través de la negociación colectiva (cuya cobertura media alcanza casi a los dos tercios de los trabajadores europeos) y otras vías de interlocución e intervención social.

La representación de los trabajadores en las empresas se articula tanto a través de la afiliación directa en las secciones sindicales (SSE) como de diversos mecanismos electorales (delegados, comités de empresa, de salud laboral), actuando en ambos casos como un factor determinante en la mejora de las relaciones laborales, según acreditan numerosas investigaciones y estudios comparados (Eurofound, 2011).

La última *Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo* (EWCS) informa que prácticamente la mitad de los trabajadores de la UE-28 disponen en su empresa de representación sindical (SSE-Comité), si bien dicha tasa media varía considerablemente (*gráfica 2*), alcanzando niveles de cobertura próximos al 80% en los países escandinavos y de apenas un tercio en los del área oriental, situándose los países latinos y centroeuropeos en torno a la media. La cobertura de la representación sindical presenta, asimismo, una distribución desigual según el tamaño de las empresas, siendo del 87% de los trabajadores europeos de grandes empresas (de más de 250 empleados), del 70% en las medianas empresas (de entre 50 y 249 trabajadores), del 37% en las pequeñas (con 10-49 empleados) y de sólo del 17% en las microempresas (ETUI, 2017).

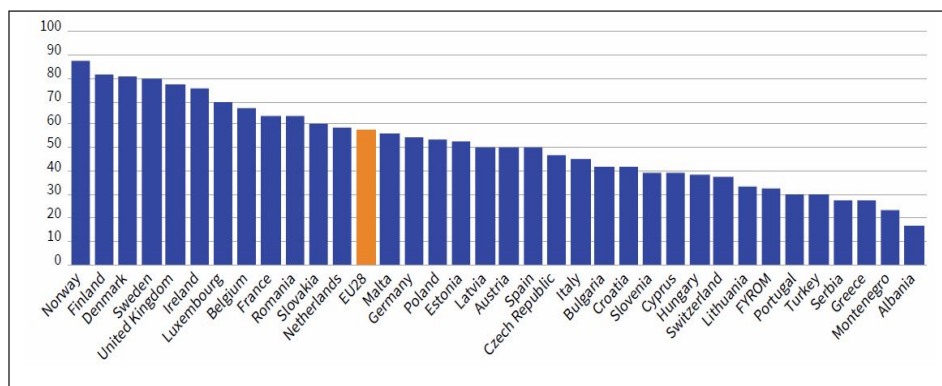
Gráfica 2. Representación de los trabajadores en la empresa



Fuente. Eurofound: *European Working Conditions Survey 2015*

Esta vía de representación sindical se completa con la dedicada a funciones de prevención de riesgos y promoción de la salud laboral en los centros de trabajo, para lo que la una directiva europea de 1989², posteriormente transpuesta a la legislación nacional como Ley de Prevención de Riesgos Laborales³, estableció la elección de los correspondientes delegados y comités, que habrían alcanzado ya una tasa de cobertura media del 58% de los trabajadores europeos (*gráfica 3*) y aproximadamente del 50% en el caso español, según la segunda edición de la *Encuesta Europea sobre riesgos laborales en las empresas* (ESENER-2)⁴.

Gráfica 3. Cobertura de los delegados y comités de salud laboral



Fuente. Eurofound (2016), *6th European Working Conditions Survey*

Ambas formas de representación mantienen entre sí relaciones diversas según los países, desde vías paralelas a superpuestas y/o complementarias, con una cobertura agregada en torno al 65% del total de trabajadores (*gráfica 4*), presentando asimismo una significativa dispersión según el modelo de relaciones laborales (Eurofound, 2011).

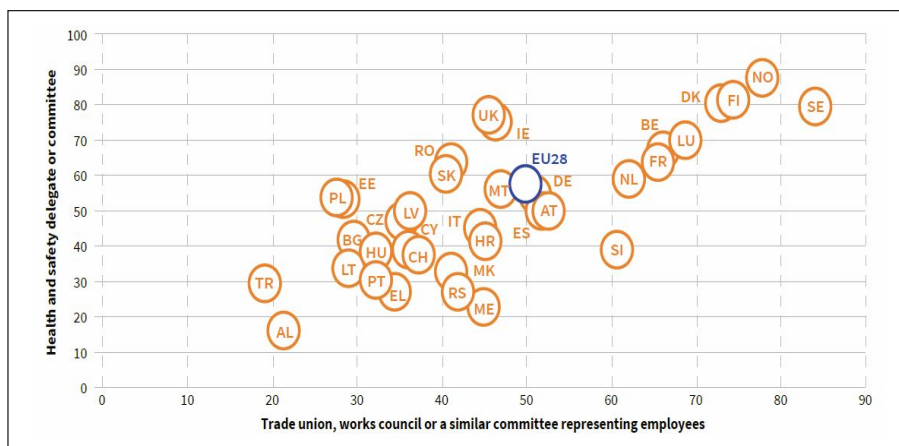
² Directiva 89/391/CEE del consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud laboral en el trabajo (Directiva Marco).

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1989L0391:20081211:ES:PDF>.

³ Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

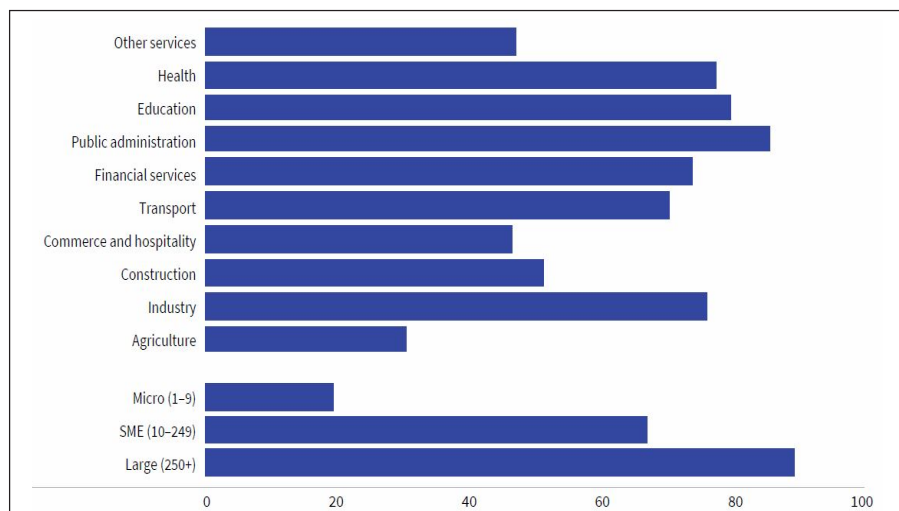
<http://www.boe.es/boe/dias/1995/11/10/pdfs/A32590-32611.pdf>.

⁴ European Agency for Safety and Health at Work (2016) Second European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESENER-2). Overview report: managing safety and health at work, Luxembourg, Publications Office of the European Union. <https://osha.europa.eu/en/surveys-and-statistics-osh/esener>.

Gráfica 4. Cobertura de la representación sindical y de los delegados/comités de salud laboral

Fuente. Eurofound (2016), *6th European Working Conditions Survey*

La representación formal de los trabajadores presenta, asimismo, pautas diferenciadas por sectores de actividad y tamaño de las empresas (*gráfica 5*), siendo considerablemente mayor en las grandes empresas, los servicios públicos y la industria manufacturera que en las pequeñas empresas, la agricultura, la construcción y los servicios privados.

Gráfica 5. Cobertura sindical, según sector y tamaño de las empresas

Fuente. Eurofound (2016), *6th European Working Conditions Survey*

Esta desigual distribución de la dimensión representativa, en términos tanto *inter* como *intra* nacional contribuye a configurar el mapa de las relaciones laborales sobre el que proyectar el desigual impacto de la crisis económica y las reformas laborales objeto de nuestra investigación.

III. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En cuanto a la negociación colectiva por la que se regulan las condiciones de trabajo de los 180 millones de asalariados europeos, existe una amplia diversidad de modelos derivada de la estructura empresarial y la regulación normativa de cada país, combinando en proporciones cambiantes los niveles de negociación (intersectorial, sectorial y de empresa), así como los sistemas de aplicación de lo pactado en cada caso, que oscilan entre los de eficacia *erga omnes* y los de vigencia exclusiva para las empresas y trabajadores adscritos a las organizaciones firmantes.

La articulación de dichas variables configura un mapa de cobertura muy desigual (*tabla 2*), oscilando entre países con tasas superiores al 80% (escandinavos y algunos centroeuropeos) y los que se sitúan por debajo del 30% (anglosajones y orientales), constatándose la existencia de una significativa correlación entre los niveles de negociación predominantes y la tasa de cobertura resultante, de forma que los países con una estructura de negociación mayoritariamente sectorial o inter-sectorial presentan tasas de cobertura mucho mayores que aquellos en los que la negociación colectiva queda restringida al ámbito exclusivo (y excluyente) de algunas empresas.

Tabla 2. La negociación colectiva en la UE: niveles, sistemas y tasas de cobertura (2015)

	Nivel de negociación			Cobertura	
	Intersectorial	Sectorial	Empresa	Sistema	Tasa
Bélgica	XXX	X	X	T	99
Finlandia	XXX	X	X	M	93
Eslovenia	XXX	X	X	T	88
Irlanda	XXX	X	X	F	32
Austria		XXX	X	T	98
Suecia		XXX	X	F	89
Holanda	X	XXX	X	T	85
Dinamarca	X	XXX	X	T	84

	Nivel de negociación			Cobertura	
	Intersectorial	Sectorial	Empresa	Sistema	Tasa
Italia		XXX	X	T	80
Alemania		XXX	X	F	58
España	X	XXX	XX	T	57
Luxemburgo		XXX	X	T	54
Portugal		XX	XX	F	47
Grecia		XX	XX	T	40
Eslovaquia		XXX	X	F	35
Bulgaria	X	XXX	X	F	25
Francia	X	XX	XX	T	98
Malta		X	XXX	T	63
Chipre		X	XXX	T	50
Chequia		X	XXX	T	49
Rumanía		X	XXX	T	35
Reino Unido		X	XXX	F	29
Hungría		X	XXX	T	24
Estonia		X	XXX	F	20
Polonia		X	XXX	T	15
Letonia		X	XXX	F	13
Lituania		X	XXX	M	11

Fuente. ICTWSS. Database 5.0

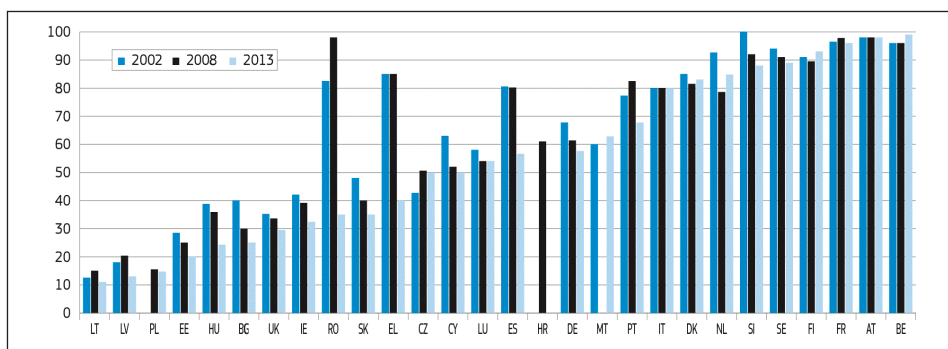
- Niveles de negociación: XXX (nivel predominante), XX (nivel importante pero no predominante) y X (nivel de negociación salarial).
- Sistema de cobertura: T (total para los trabajadores del ámbito correspondiente), F (de aplicación sólo para los pertenecientes a las organizaciones firmantes) y M (sistema mixto: cobertura total en el ámbito de la empresa y sólo para los firmantes en los niveles inter y sectorial).
- Tasa de cobertura: % de trabajadores regulados por la negociación colectiva.

Incluso las aparentes excepciones a esta pauta general resultan significativas, como en el caso de Irlanda donde predomina la negociación a nivel inter-sectorial y Eslovaquia o Bulgaria donde rige el sectorial y que, sin embargo presentan tasas de cobertura relativamente bajas, lo que se explica por el sistema restringido de aplicación de lo pactado, a diferencia de, entre otros, los casos de Francia e incluso España en los que se combina la negociación sectorial y la de empresa con tasas de cobertura mayores (aunque a la baja en nuestro país como resultado de la última reforma

laboral) como resultado de la aplicación universal de lo pactado a la totalidad de cada ámbito.

El impacto de la crisis y las restricciones normativas impuestas ha provocado una reducción media de la tasa de cobertura de la negociación colectiva en la Unión Europea del 68 % en 2002 al 61% en 2014 (*gráfica 6*), especialmente grave en los países más afectados por las políticas de austeridad económica y desregulación laboral: Grecia, España y Portugal.

Gráfica 6. Cobertura de la negociación colectiva en la Unión Europea

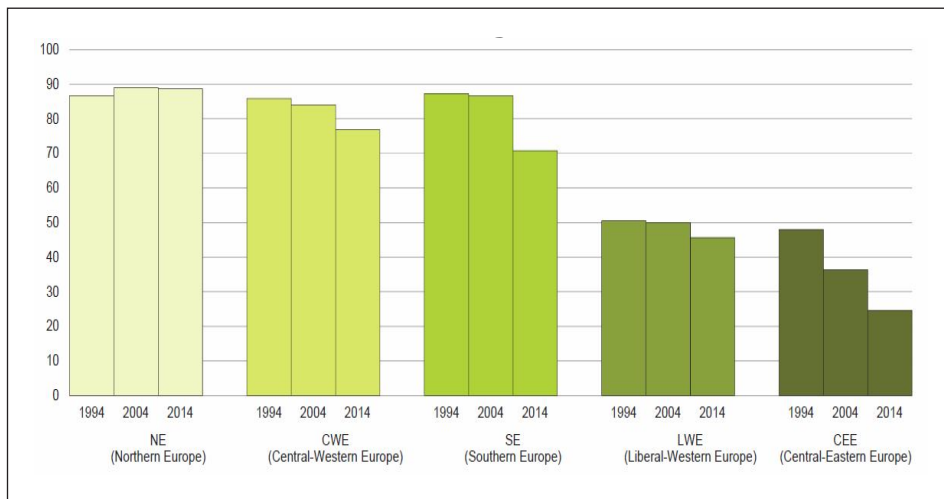


Fuente. ICTWSS. Database 5.0

Se trata, sin embargo, de un impacto desigual según el sistema de relaciones laborales de que se trate (*gráfica 7*), siendo especialmente significativa al objeto de nuestra investigación la importante caída de la cobertura de la negociación colectiva en los países del sur (SE: Portugal, España, Italia y Grecia) duramente afectados por las políticas de austeridad imperativa y la condicionalidad de la ayuda financiera con las reformas desreguladoras del mercado de trabajo y las relaciones laborales.

La gestión política de la crisis ha supuesto una transformación radical del sistema de gobernanza europea, con el resultado de una desactivación de los procesos de diálogo social y el consiguiente desplazamiento de los sindicatos del ámbito de conformación de las políticas públicas.

Los pactos sociales han constituido uno de los elementos centrales del modelo de determinación de las políticas socioeconómicas en la UE hasta que, a partir de 2008, la coincidencia entre la crisis económica y la de gobernanza democrática han provocado una deriva desde la negociación a la imposición, que ha resultado especialmente intensa en los países del sur de Europa, entre ellos el nuestro.

Gráfica 7. Evolución de la cobertura de la negociación colectiva

Fuente. ICTWSS.

El debilitamiento de la dinámica de diálogo social ha erosionado la lógica consensual, roto los equilibrios entre los actores socioeconómicos, siendo sustituido por la imposición gubernamental de medidas unilaterales (reforma laboral, políticas de austeridad, recortes sociales), con la consiguiente exclusión de los sindicatos de la concertación tripartita y la participación institucional.

IV. PARTICIPACIÓN

La cuarta sub-dimensión de *democracia industrial* es la referida a la participación de los trabajadores en los ámbitos de gestión y/o control de las empresas, modalidad que cuenta con importantes antecedentes en varios países europeos y que la Directiva comunitaria 2001/86/CE⁵ codificó y propuso generalizar como parte de la nueva gobernanza de las relaciones laborales.

Mientras que, como ya se ha indicado, la intervención de los trabajadores en la empresa para la defensa y promoción de sus intereses laborales se desarrolla a través de mecanismos asociativos (afiliación, sección sindical),

⁵ <https://www.boe.es/doue/2001/294/L00022-00032.pdf>.

representativos (delegados, comités) y de negociación colectiva, la participación en los órganos de gestión y control pretende influir en la gobernanza económica e institucional de la empresa.

Se trata, pues, de una secuencia de derechos en progresión creciente que oscila entre la *influencia* (acceso a información, consulta y negociación) y el *poder* (participación en términos de decisión conjunta, control y cogestión), de contenido estrictamente laboral en el primer caso y estratégico en el segundo. A nivel europeo, se registra un desigual despliegue de tales derechos (ETUI, 2015), tanto por las diferentes etapas de su regulación normativa como por el grado de desarrollo del continuum influencia/poder y el número de países que en cada caso los aplican.

Respecto a su evolución cronológica, la experiencia alemana suele considerarse pionera pues fue en 1951 cuando se aprobó la ley que regulaba la participación de los trabajadores en la co-gestión de las grandes empresas del carbón y del acero. Habrá que esperar a la década de los setenta para que se generalice la institucionalización de esta modalidad de democracia industrial y países como Holanda, Dinamarca, Austria, Suecia, Irlanda, entre otros, aprueben sus correspondientes normativas reguladoras, proceso al que en los años ochenta se incorporarán países mediterráneos como Francia, Grecia y España (sólo para las Cajas de Ahorro y algunas empresas públicas), mientras que los del área oriental lo harán a partir de 1990.

En cuanto a los mecanismos de participación cabe distinguir entre los que acreditan la implicación de los trabajadores en la composición de los equipos directivos (grandes empresas siderúrgicas alemanas y eslovenas), de los que regulan su participación en la Asamblea General de accionistas (Suecia, Francia, Holanda, Hungría y Bulgaria), en los consejos directivos o de vigilancia con carácter consultivo (Suecia, Francia, Rumanía) o con poder de decisión (Conchon, 2015).

Este último es el grupo más numeroso y está integrado por un total de 18 países de la Unión Europea, de los que 4 (España, Portugal, Grecia e Irlanda) sólo reconocen el derecho de participación en las empresas públicas, mientras que los 14 restantes (Alemania, Austria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Holanda, Hungría, Luxemburgo, Polonia, República Checa y Suecia) lo hacen para todas las empresas, tanto públicas como privadas.

Los modelos resultantes (*tabla 3*) varían en función de la propiedad de las empresas, su tamaño, el número de representantes de los trabajadores y el tipo de organismos en que participan: sólo en el consejo de administra-

ción (modelo monista) o tanto en el órgano de gestión como en la comisión de control (modelo dualista).

Tales diferencias derivan tanto de las especificidades de la estructura empresarial, normativa e institucional de cada país como de su cultura política y orientación sindical, pues ésta ha sido durante mucho tiempo una cuestión polémica entre el sindicalismo europeo, lo que explica el retraso en la adopción de una estrategia común por parte de la Confederación Europea de Sindicatos.

Mientras que este modelo de participación surgió y se desarrolló fundamentalmente en los sistemas de relaciones laborales centroeuropeo y escandinavo (estructura empresarial de medianas-grandes empresas, larga tradición socialdemócrata, sindicatos fuertes y negociación colectiva articulada), las mayores reticencias procedían históricamente de los sindicatos anglosajones (estructura pluralista, débil regulación normativa, modelo tradeunionista) y mediterráneos (estructura productiva atomizada, confrontación empresarial, sindicatos más débiles e ideologizados), mientras que en el caso de los países del área oriental su inconclusa transición económica y política, así como la fragmentación de sus organizaciones sindicales, explica la tardía incorporación a este proceso.

Tabla 3. Modelos de participación de los trabajadores en las empresas europeas

País	Tipo de empresa	Grado de participación	Modelo
Alemania	A partir de 500 trabajadores	1/3 del Consejo en las empresas +500 1/2 en las empresas de +2000 Regulación especial en las del carbón y el acero	Dualista
Austria	A partir de 300	1/3 del Consejo	Dualista
Chequia	Empresas públicas y privadas de + 50 (hasta 2014)	1/3 del Consejo	Dualista
Croacia	A partir de 200	1 representante	Monista
Dinamarca	A partir de 35	Entre 2 representantes y 1/3 del Consejo	Monista
Eslovaquia	Empresas públicas y privadas de + 50	1/2 en las públicas y 1/3 en las privadas	Monista
Eslovenia	A partir de 50	Entre 1/3 y 1/2 del Consejo	Dualista

País	Tipo de empresa	Grado de participación	Modelo
Finlandia	A partir de 150	1/5 del Consejo	Mixto
Francia	A partir de 5.000	1/3 en las empresas públicas, 1/5 en las privatizadas y en las privadas según tamaño	Monista
Holanda	A partir de 100	Hasta 1/3	Mixto
Hungría	A partir de 200	1/3 del Consejo	Monista
Luxemburgo	A partir de 1.000	1/3 del Consejo	Monista
Noruega	A partir de 30	1/3 y más, según tamaño	Monista
Suecia	A partir de 25	1/3 del Consejo	Monista

Fuente. ETUI. Elaboración propia.

Además de las razones asociadas a los diferentes sistemas de relaciones laborales, el debate sobre la participación en la empresa se planteaba, e incluso sigue haciéndolo, en términos de oportunidad, eficacia e imagen, oscilando entre las posibilidades de controlar la actividad empresarial, influir en que la mejora de su rendimiento repercuta en beneficio de los trabajadores y, en el polo opuesto, los riesgos de tener que co-responsabilizarse de decisiones polémicas que desactiven la acción reivindicativa y/o proyecten una visión distorsionada de los sindicatos, cuando no directamente vinculada a prácticas corruptas, como ha ocurrido en algunos casos como los de Volkswagen en Alemania y las «tarjetas black» en nuestro país.

En los últimos años, sin embargo, se ha producido una convergencia creciente de las posiciones mantenidas en este ámbito por los sindicatos europeos, como resultado de un amplio debate desarrollado a partir del XIIº Congreso de la CES (Atenas, 2011) que se concretó en una primera declaración de consenso (octubre de 2014) en la que se reivindicaba la democracia en la empresa como factor clave para la justicia social y una buena gobernanza corporativa⁶.

⁶ ETUC Resolution (2014) *Towards a new framework for more democracy at work*. <https://www.etuc.org/documents/towards-new-framework-more-democracy-work-etuc-resolution.pdf>.

Posteriormente (abril 2016), la CES acordó fijar su posición⁷ de forma más precisa y homogénea, reclamando una nueva Directiva comunitaria que regule con carácter general, y no sólo para las grandes sociedades anónimas europeas como hacía la Directiva de 2001, el derecho de los trabajadores a participar en los consejos de administración y control de las empresas, respetando en cada caso los modelos de representación vigentes en cada país (elección directa por los trabajadores, designación sindical, sistemas mixtos).

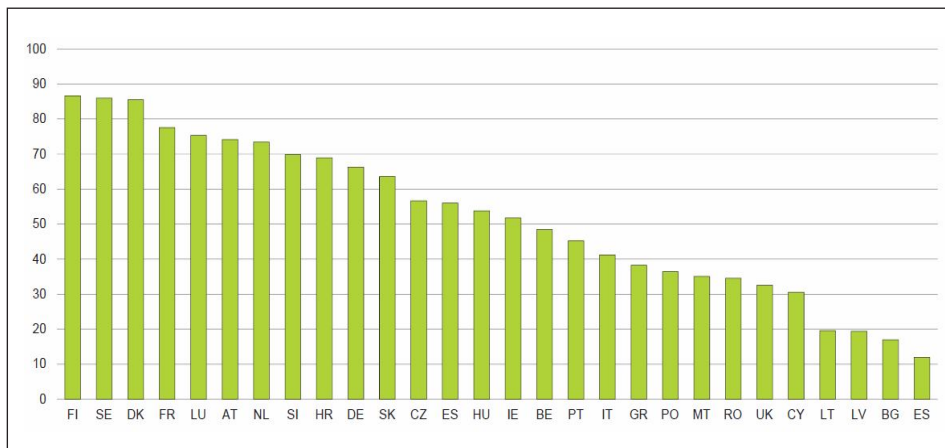
Desde entonces, los sindicatos de Italia, Bélgica y Reino Unido, que habían rechazado tradicionalmente este sistema de participación, han presentado propuestas e iniciado negociaciones para su implementación, en un proceso de creciente convergencia en la materia.

La propuesta de la CES establece una escala creciente en el peso de la participación de los trabajadores en función del tamaño de las empresas: desde un mínimo de 2 o 3 representantes en las pequeñas hasta la mitad de los consejos de administración de las de más de 1000 trabajadores estableciendo, asimismo, la necesidad de conexión entre dichos delegados y los comités de empresa representativos de los trabajadores, a los efectos de facilitar el adecuado flujo de informaciones y propuestas que contribuyan al establecimiento de correlaciones positivas entre las demás dimensiones de las relaciones laborales.

En este punto resulta especialmente relevante el estudio que desde 2009 realiza cada dos años el Instituto Sindical Europeo (ETUI, 2009-2017) sobre lo que define como *Índice Europeo de Participación* de los trabajadores en las relaciones laborales que incorpora, para cada país, los datos relativos a las diferentes dimensiones de la intervención sindical (afiliación, representación, participación y cobertura de la negociación colectiva) con los que construye un indicador sintético (Vitols, 2010) en una escala de cero a cien y que en su última edición (*gráfica 8*) sitúa en los primeros lugares a los países escandinavos y en los más bajos a los anglosajones y del área oriental.

⁷ ETUC position paper (2016) *Orientation for a new EU framework on information, consultation and board-level representation rights*.
https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/document/files/en-position-orientation_on_info_consult_board-level_repr.rights.pdf.

Gráfica 8. Índice Europeo de Participación



Fuente. ETUI (2017)

Las sucesivas evaluaciones del EPI demuestran que los países que alcanzan reiteradamente mejor puntuación son los que obtienen también mejores resultados en los principales indicadores de la *Estrategia Europea 2020*, tales como la tasa de empleo, inversión en I+D+i, formación de capital humano, población en riesgo de pobreza o exclusión social y reducción de la desigualdad de ingresos.

Aún con las cautelas metodológicas a las que obliga este tipo de correlaciones se trata, sin duda, de una tendencia significativa que avala el efecto positivo de las instituciones de la democracia industrial en la gestión de las relaciones laborales y que recoge, incluso, las oscilaciones derivadas de la última crisis que han reducido en tres puntos porcentuales el promedio del EPI (ETUI, 2017).

Bibliografía

- BACCARO, L. (2008). *Labour, Globalization and Inequality: Are Trade Unions Still Redistributive?* Instituto Internacional de Estudios Laborales, DP/192/2008, Ginebra.
- BAIN, G. (1983). *Industrial Relations in Britain*, Oxford: Basil Blackwell.
- BAIN, G. y ELSHEIKH, F. (1976). *Union Growth and the Business Cycle: An Econometric Analysis*. Blackwell, Oxford.
- BARRIENTOS, S. et al. (2011). «Progreso económico y social en las redes productivas mundiales. Nuevo paradigma», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 130, n° 3-4, pp. 347-373.

- BENEYTO, P. (2008). «El sindicalismo español en perspectiva europea: de la anomalía a la convergencia», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 26, n° 1, pp. 57-88.
- (2014). *La representación de los trabajadores en la UE y España. Modelos, cobertura y recursos*. Fundación 1° de Mayo, Estudio n° 78.
- (2015). «Trabajo y sindicalismo en la globalización», *Revista Española de Sociología*, vol. 25, n° 1, pp. 61-87.
- BENEYTO, P. ALÓS, R. JÓDAR, P. y VIDAL, S. (2015). *La representación sindical en España*. Fundación 1° de Mayo, Madrid. <http://www1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/LibroRepresentacion.pdf>.
- (2016). «La afiliación sindical en la crisis. Estructura, evolución y trayectorias», *Sociología del Trabajo*, n° 87, pp. 25-44.
- BERG, J. (ed.) (2015). *Labour markets, Institutions and Inequality. Building just societies in the 21st century*. ILO, Geneva.
- BERNACIAK, M., GUMBELL-McCORMIC, R. y HYMAN, R. (2015). *El sindicalismo europeo: ¿de la crisis a la renovación?* Madrid: Fundación 1° de Mayo.
- BLANCHFLOWER, D. (2007). «International patterns or Union membership», en *British Journal of Industrial Relations*, vol. 45(1), pp. 1-28.
- BRYSON, A., EBBINGHAUS, B. y VISSER, J. (2011). «Causes, consequences and cures of union decline», en *European Journal of Industrial Relations*, vol. 17(2), pp. 97-105.
- CHECCHI, D. y VISSER, J. (2005). «Pattern persistence in European trade union density: A longitudinal analysis 1950-1996», en *European*.
- y VAN DER WERFHORST, H. (2010). «Inequality and Union membership: The influence or relative earnings and inequality attitudes», en *British Journal of Industrial Relations*, vol. 48(1), pp. 84-108.
- CLEGG, H. (1986). *El sindicalismo en un Sistema de negociación colectiva*. Ministerio de Trabajo, Madrid.
- COMISIÓN EUROPEA (2002). *Report of the High Level Group of industrial relations and change in the European Union*. Luxembourg.
- (2015). *Industrial Relations in Europe 2014*. Brussels.
- CONCHON, A. (2015). *La voix des travailleurs dans la gouvernance d'entreprise. Une perspective européenne*. ETUI, Bruxelles.
- CREGAN, C. (2005). «Can organizing work? An inductive analysis of individual attitudes toward union membership», *Industrial and Labor Relations Review*, 58(2), pp. 282-304.
- EBBINGHAUS, B., GÖBEL, C. y KOOS, S. (2011). «Social capital and workplace contexts matter: Comparing union membership in Europe», en *European Journal of Industrial Relations*, vol. 17(22), pp. 107-124.
- EBBINGHAUS, B. y VISSER, J. (1999). «When Institutions Matte. Union Growth and Decline in Western Europe, 1950-1995», en *European Sociological Review*, vol. 15(2), pp. 135-158.
- (2000). *Trade Unions in Western Europe since 1945*. London: MacMillan.
- ETUC, UNICE, CEEP, UEAPME (2016). *Declaration on a new start for a strong social dialogue*. Brussels.
- ETUI (2009). *Benchmarking Working Europe, 2009*. Brussels.
- (2011). *Benchmarking Working Europe, 2010*. <http://www.etui.org/research/Publications/Regular-publications/Benchmarking-Working-Europe/Benchmarking-Working-Europe-2011>.

- (2012). *Benchmarking Working Europe 2012*. Brussels: ETUI-ETUC. <http://www.etui.org/Publications2/Books/Benchmarking-Working-Europe-2012>.
- (2015). *La voix des travailleurs dans la gouvernance d'entreprise. Une perspective européenne*. Bruxelles. <http://www.etui.org/Publications2/Rapports/La-voix-des-travailleurs-dans-la-gouvernance-d-entreprise-une-perspective-europeenne>.
- (2016). *Benchmarking working Europe 2015*. Brussels.
- (2017). *Benchmarking Working Europe, 2016*. Brussels.
- EUROFOUND (2011). *Working conditions and social dialogue*. Publications Office of the European Union. Luxembourg.
- (2016a). *Mapping key dimensions of industrial relations*. Luxembourg.
- (2016b). *6th European Working Conditions Survey-EWCS*. Luxembourg.
- FAZEKAS, Z. (2011). «Institutional effects on the presence of trade unions at the workplace: Moderation in a multilevel setting», en *European Journal of Industrial Relations*, vol. 17(2), pp. 153-169.
- FREEMAN, R. y MEDOFF, J. (1984). *What Do Unions Do?* New York: Basic Books.
- HABERMAS, J. (2015). *The lure of technocracy*. Polity Press, Cambridge.
- HAGUE, R., HARROP, M. y BRESLIN, S. (1998). *Comparative Government and Politics*. London: MacMillan Press.
- HARTLEY, J. y STEPHENSON, G. (1992). *Employment Relations*, Oxford: Blackwell.
- KAUFMAN, B. (2004). *The global evolution of industrial relations*. ILO, Geneva.
- KLANDERMANS, B. (1986). «Psychology and trade union participation: Joining, acting, quitting», en *Journal of Occupational Psychology*, vol. 59, pp. 189-204.
- OCDE (2014). *Employment Outlook 2013*. OCDE, Paris.
- POOLE, M., LANSBURY, R. y WAILES, N. (2011). «A comparative analysis of developments in industrial democracy», en Baird, M. et al., *Industrial relations processes: Restructuring the labour market and re-regulation of work*, Sage, London, pp. 213-244.
- PRIETO, C. (coord.) (2009). *La Calidad del Empleo en España. Una Aproximación Teórica y Empírica*. Madrid: Ministerio de Trabajo.
- REGINI, M. (2003). «I mutamenti nella regolazione del lavoro e il resistibile declino dei sindacati europei», *Stato e Mercato*, n° 67, pp. 83-108.
- RILEY, N. (1997). «Determinants of Union Membership: A Review», en *Labour*, vol. 11(2), pp. 265-301.
- SANO, J. y WILLIAMSON, J. (2008). «Factors affecting Union decline in the 18 OECD countries and their implications for Labor Movement Reform», en *International Journal of Comparative Sociology*, vol. 49(6), pp. 479-500.
- SCHEUER, S. (2011). «Union membership variation in Europe: A ten-country comparative analysis», en *European Journal of Industrial Relations*, vol. 17(1), pp. 57-73.
- SCHMITT, J. y MITUKIEWICZ, A. (2011). *Political matter. Changes in unionization rates in rich countries, 160-2010*. Washington: Center for Economic and Policy Research.
- SCHNABEL, C. (2013). «Union membership and density: Some (not so) stylized facts and challenges», en *European Journal of Industrial Relations*, vol. 19(3), pp. 255-272.
- SCHNABEL, C. y WAGNER, J. (2007). «Union Density and determinants of union membership in 18 EU countries: evidence from micro data, 2002/03», en *Industrial Relations Journal*, vol. 38(1), pp. 5-32.
- SCRUGGS, L. (2002). «The Ghent system and Union Membership in Europe, 1970-1996», en *Political Research Quarterly*, vol. 55(2), pp. 275-297.
- STIGLITZ, J. (2012). *El precio de la desigualdad*. Taurus, Madrid.

- TOUBOL J. y JENSEN, C. (2014). «Why do people join trade unions? The impact of workplace union density on union recruitment», en *Transfer*, vol. 20(1), pp. 135-154.
- TRAXLER, F. (2011). *National Labour Relations in Internationalized Markets*. Oxford University Press, Oxford.
- TROY, L. (2004). *The Twilight of the Old Unionism*. New York: M. W. Sharpe.
- TURNER, T. y D'ART, D. (2012). «Public perceptions of trade unions in countries of the European Union: A causal analysis», en *Labor Studies Journal*, vol. 37(1), pp. 33-55. <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2008/62/en/1/EF0862EN.pdf>.
- VAN GYES, G. (2006). «The social partners as membership organisations: an overview of forms and trends in the Member States», en *Industrial Relations in Europe 2006*. Luxembourg: Comisión Europea, pp. 19-40.
- VISSER, J. (2002). «Why Fewer Workers Join Unions in Europe: A Social Custom Explanation of Membership Trends», en *British Journal of Industrial Relations*, vol. 40(3), pp. 403-430.
- (2015). *ICTWSS: Database on institutional characteristics of trade unions, wage setting, state intervention and social pacts, 1960-2014*, AIAS, Amsterdam.
- VITOLS S. (2010). *The European Participation Index (EPI): a tool for cross-national quantitative comparison*, Background Paper. <http://www.workerparticipation.eu/About-WP/European-Participation-Index-EPI>.
- WEBB, S. y WEBB, B. (2004). *Democracia Industrial*. Biblioteca Nueva, Madrid.
- WESTERN, B., ROSENFELD, J. (2011). «Unions, Norms and the Rise in US Wage Inequality», *American sociological Review*, vol. 76, n° 4, pp. 513-537.

América Latina y el Caribe: participación, cogestión y autogestión

FRANCISCO ITURRASPE OVIEDO¹

SUMARIO: I. AMÉRICA LATINA. EVOLUCIÓN Y CRISIS DEL MODELO RENTISTA Y DE LA HETEROGESTIÓN. II. AUTOGESTIÓN, COGESTIÓN, PARTICIPACIÓN: DEMOCRACIA ECONÓMICA Y CIUDADANÍA PRODUCTIVA. III. PARTICIPACIÓN, DEMOCRACIA ECONÓMICA ESTADO Y SINDICATOS. Bibliografía.

«Decir que la autogestión es un movimiento es indicar que es el producto de experiencias, de triunfos y fracasos. No se puede concebir la construcción de una sociedad autogestionada sino como un vasto proceso de experimentación en todos los aspectos de la vida económica y social. La autogestión es la sociedad en construcción. El derecho a la experimentación es el fundamento necesario de la sociedad de autogestión. Se trata así de poner de pie la noción burguesa de la libertad de empresa. El derecho a la experimentación colectiva de nuevas formas de trabajo y de vida realiza la intuición liberal fundamental que dice que la libertad no existe por completo sino como posibilidad de crear, de innovar»²

«El proyecto que se esboza es expresión de una determinada concepción de la cogestión a la que no se ve como un fin en sí mismo, sino como un elemento de transformación de la sociedad»³

¹ Ha trabajado en organizaciones sindicales, cooperativas y otras empresas de economía social en Argentina, Perú, Chile, Venezuela y otros países de América Latina. Catedrático de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET) en la Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo (UMET) y Universidad Nacional de Rosario (UNR) de Argentina.

² Pierre Rosanvallon, **La Autogestión**, Editorial Fundamentos, Madrid, 1979, página 25.

³ Osvaldo Mantero de San Vicente, **Cogestión en la Empresa**, ILDIS, Caracas, 1981, página 13.

«Si debiéramos definir qué significa participar, diríamos muy sintéticamente: Participar es participar del poder o no es nada»⁴

I. AMÉRICA LATINA. EVOLUCIÓN Y CRISIS DEL MODELO RENTISTA Y DE LA HETEROGESTIÓN

- 1) El ámbito de nuestro análisis es la América Meridional que recibió por geógrafos europeos y latinoamericanos el nombre de América «Latina» en el París de fines del siglo XIX⁵. Más allá del debate sobre la existencia de un «modelo latinoamericano/caribeño» de **participación, cogestión y autogestión** o de **democracia económica**, pensamos que hay elementos comunes en la evolución de nuestra materia que la distinguen de las experiencias de otras latitudes. Creemos que el pluralismo económico, el avance tecnológico y la autogestión deben cumplir un papel importante en el debate de las propuestas para afrontar las crisis cíclicas de la región y en los proyectos de sociedad que se debaten para reemplazar al actual modelo económico y social en crisis.
- 2) Los modelos económicos y políticos y la estructura de la sociedad en nuestra región fueron cambiando fuertemente influenciados por la evolución del proceso de mundialización y el cambio tecnológico.

La **Primera Mundialización**, a partir de la «Colonización» española y portuguesa, trae en la región graves consecuencias sociales y ecológicas,

⁴ Alberto Delfico, **Multinacionales, sindicalismo y autogestión**. Editorial Cóndor, Quito, Ecuador. 1981, página 24.

⁵ Adoptamos esta denominación a pesar de que se la ha criticado por eurocentrista, tanto por lo de «América» por el cartógrafo italiano Américo Vespucio (Francisco de Miranda y Simón Bolívar preferían homenajear a Cristóbal Colón y llamar a esta parte del mundo como «Colombia») como por lo de «latina», por considerarse que el papel del Lacio es muy remoto (a pesar del origen de nuestros principales idiomas de uso corriente entre nosotros: el español y el portugués en Sud y Centroamérica y el francés hablado en áreas del Caribe). Víctor Raúl Haya de la Torre proponía el término «Indoamérica» que, sin embargo, desde el punto de vista étnico y lingüístico dejaba de lado los aportes a nuestro mestizaje de los componentes ibero y afro americanos. Sin embargo, consideramos que el término **Latinoamérica** (asociado con el **Caribe** como área geográfica/cultural) se ha impuesto históricamente y se ha hecho representativo de una de las características fundamentales de la región: el mestizaje de su población que llega, incluso, a los millones de «latinos» emigrados a Norteamérica.

con la desaparición de etnias, las migraciones forzadas esclavistas, la destrucción de ecosistemas y la degradación del ambiente. El modelo productivo mercantil se basaba en el extractivismo, el rentismo desarrollados en la encomienda, la mita, la esclavitud y el trabajo artesanal en corporaciones en las áreas urbanas.

En la **Segunda Mundialización**, producto de la «Revolución Industrial», se desarrolla entre nosotros la «cuestión social», las migraciones internacionales e internas del campo a la ciudad y la introducción del capitalismo frente al cual aparecen las reacciones: las «Internacionales» y la organización obrera, el Derecho del Trabajo, la seguridad Social en un mundo en el cual las Guerras y los totalitarismos imperan en Europa y aparecen entre nosotros los movimientos populares y los «proyectos nacionales». Se instaura un modelo productivo capitalista/extractivista, el salariado, «hacienda», la economía de «enclave», el desarrollo desigual y en muchos países una industrialización por sustitución de importaciones y el desarrollo del mercado interno.

La **Tercera Mundialización (o Globalización)**- también trae consecuencias ecológicas y sociales importantes con la hegemonía del capital financiero transnacionalizado. Cambios geopolíticos e ideológicos: el neoliberalismo, la adopción del Consenso de Washington y las consecuentes reacciones: la mundialización de los derechos humanos, la propuesta del trabajo decente, frente a un modelo productivo: capitalismo transnacional/globalización financiera, cultura neoliberal y las aperturas y «ajustes» económicos muchas veces devastadores.

3) En esas etapas se muestra un común denominador en su evolución:

- a) La **heterogestión**, que hemos definido por oposición a la gestión de la empresa, la economía y la sociedad por los trabajadores, con la hegemonía de diferentes grupos dominantes que fueron evolucionando, modelo que constituye un elemento común a los sistemas predominantes en el mundo en general y en nuestro continente en particular.
- b) El **rentismo**, a través de la explotación y muchas veces sobreexplotación de los «recursos» naturales y de los «recursos» humanos, en especial la economía extractiva agraria, minera, petrolera etc. dependiendo de los diversos países y etapas.

La región ha sufrido cíclicas **crisis** que ponen en cuestionamiento al modelo de empresas privadas y públicas, la creciente monopolización y los graves problemas de distribución de la riqueza que ha llevado a los econo-

mistas a caracterizar a la región como la más desigual del planeta, en un mundo con crecientes y graves inequidades⁶ e impresionante concentración del poder y la riqueza en pocas manos.

- 4) A pesar de importantes avances a comienzos de nuestro siglo, nuestros países no han conseguido logros significativos en sus procesos de integración y, salvo excepciones, tampoco una participación en las cadenas productivas que dominan en la actualidad el comercio internacional.

Frente a estos modelos en crisis la búsqueda de salidas y soluciones, comenzando a nivel «micro» con las empresas recuperadas, permite avizorar nuevas propuestas de democracia económica capaces de lograr un aprovechamiento de las capacidades de los protagonistas del proceso económico en las sociedades latinoamericanas y de los avances tecnológicos que están cambiando el panorama productivo en todo el mundo⁷.

II. AUTOGESTIÓN, COGESTIÓN, PARTICIPACIÓN: DEMOCRACIA ECONÓMICA Y CIUDADANÍA PRODUCTIVA

- 1) En diversos lugares de nuestra región, los trabajadores, actores primordiales de la producción, protagonizan experiencias en las que participan o asumen la gestión empresarial con la participación, la coGESTIÓN y la autogestión en sus diferentes experiencias, disímiles modelos y —a veces— contradictorias realidades.

Hemos definido este proceso como «democracia económica», que supone un cambio revolucionario, en primer lugar, en las estructuras y cultura de la empresa.

La etapa de las dictaduras militares del siglo pasado generó en nuestras sociedades una reacción democrática y un consenso social sobre el valor de la democracia para la gestión de nuestros Estados y más aún, la nece-

⁶ Ver Thomas Piketty. *Capital in the Twenty-First Century*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Mass., 2014.

⁷ Jeremy Rifkin explica como la convergencia del internet de las comunicaciones, el internet de la energía y el internet de la logística ha dado lugar al internet de las cosas, un espacio en el que la productividad se incrementa hasta tal punto que el coste marginal de muchos bienes y servicios se reduce considerablemente permitiendo que dejen de estar sometidos a la fuerza del mercado.

sidad de profundizar ese modelo con diversas propuestas de «democracia participativa».

Sin embargo, nuestro modelo empresarial hegemónico sigue siendo autocrático y, por ende, profundamente antidemocrático. En muchos de nuestros países la participación ciudadana se reduce a la ciudadanía política y muchas veces, al acto de votar cada cierto tiempo en elecciones muchas veces fuertemente influenciadas por los medios de comunicación hegemónicos, campañas millonarias «plutocráticas», escaso entusiasmo en especial de los jóvenes.

La democracia no ha traspasado las puertas de la empresa donde predominan fórmulas tecnocráticas obsoletas y el desperdicio de las capacidades y potencialidades de los trabajadores.

- 2) Dentro de las concepciones que sustentan la idea de participación en la empresa podemos distinguir dos alternativas básicas:
 - a) La que podemos denominar concepción **«gatopardista»** («que todo cambie para que todo siga igual») que pretende que los cambios en la empresa dejen intacto en lo básico, la estructura de poder dentro de ella y de la sociedad o la cambien por una nueva estructura de poder que también exprese esquemas de dominación, un nuevo modelo jerárquico en la cual las fuerzas del trabajo estén subordinadas a factores tecnocráticos o burocráticos.
 - b) Una segunda posición, en cambio, **vincula la transformación de la empresa al cambio social** dentro de las perspectivas de la democracia económica y la ciudadanía productiva.

Estas propuestas ponen en cuestionamiento a la **heterogestión** imperante, definida por oposición a la gestión de la empresa, la economía y la sociedad por los trabajadores, con una organización jerárquica, patriarcal, autocrática, autoritaria contradictoria con cualquier concepto que tengamos de la democracia.

- 3) Las crisis económicas y financieras recurrentes ponen en cuestionamiento nuestras estructuras estatales y nuestros modelos de empresa, de organización productiva y de distribución de la riqueza nacional, cada vez más ineficientes e inequitativos.

Frente a estas crisis y estos cuestionamientos en toda la región, desde el siglo pasado han aparecido experiencias concretas de democracia económica:

- a) **Organizaciones autónomas de los trabajadores** a través de diversas estructuras —muchas veces sindicales— que cuestionan la heterogestión imperante y establecen espacios de poder en muchas realidades de nuestros países. Las «comisiones internas», los «cuerpos de delegados», los «comités de higiene y seguridad y delegados de prevención» en muchos de nuestros países fueron ganando espacio y generando una experiencia colectiva entre los trabajadores y cambios culturales y políticos en los lugares de trabajo.
- b) La **autogestión en las comunidades indígenas** y diversas formas de recuperación de las tradiciones productivas de los pueblos originarios, así como la revalorización de paradigmas como los del «buen vivir» y la propiedad comunitaria en los territorios ancestrales. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y las normas internacionales han reconocido y desarrollado los derechos colectivos de esas comunidades así como el respeto por su forma de vida largamente sojuzgada por la imposición de modelos coloniales y neocoloniales.
- c) Las **empresas recuperadas** y diversas formas de organización obrera frente a la pérdida de las fuentes de trabajo como producto de los ajustes económicos de la imposición de los modelos del Consenso de Washington se han desarrollado en toda la geografía de la región y en diversas etapas, con éxitos y fracasos. En esas experiencias en casi todos nuestros países los trabajadores asumen la gestión empresarial, generan prácticas de gestión en las más variadas actividades productivas de la industria, los servicios, el agro etcétera produciendo nuevos y variados vínculos que ponen en entredicho la estructura vertical y patriarcal del modelo empresarial hegemónico. Estos experimentos permiten el desarrollo de una reflexión doctrinaria que deriva en un corpus conceptual alternativo a las concepciones hegemónicas neoliberales imperantes⁸.
- d) **Las cooperativas, mutuales y diversos tipos de empresas de economía social y solidaria**, tanto en el campo (como producto de las diversas «reformas agrarias») como en la financiación de las actividades productivas (Cooperativas de Crédito), el desarrollo del consumo popular (Cooperativas de Consumo y mutuales),

⁸ Ver una síntesis muy completa en el trabajo de Floreal Forni y Nicolás Dzembrowski «La Economía Social en Europa y en América Latina» en Cros, Cecilia et al. La Producción del trabajo asociativo. CICCUS, Buenos Aires 2010, pp. 339 a 355.

la producción de bienes y servicios en los más variados campos (Cooperativas de Producción, Cooperativas y Mutuales de Seguro, Cooperativas de Transporte, cooperativas de los medios de difusión etc.). En muchas oportunidades las empresas recuperadas asumen la forma jurídica de cooperativas. También desde el punto de vista doctrinario, en diversos países de América Latina se han desarrollado interesantes aportes en torno al Derecho y Economía Cooperativas.

- e) Las experiencias de **participación en las utilidades de las empresas, el control de la producción, la cogestión, el «accionariado obrero»**. El desarrollo de la negociación colectiva como mecanismo cogestivo que, más allá de defensa del empleo y el salario, permite un avance de los trabajadores y sus organizaciones en la correlación de clases de nuestras sociedades y el acceso a bienes y servicios que, a su vez, constituye una de las bases de un modelo económico y social que se basa en el mercado interno.
- f) La **perspectiva de género** con la valoración el papel de las mujeres en la democracia económica: cambios en los roles en las empresas recuperadas, en los órganos de cogestión a pesar de la permanencia de los estereotipos en muchas realidades que nos llevan a la necesidad de reglas que promuevan la participación en la realidad latinoamericana.
- g) En América Latina y el Caribe es importante destacar el **papel de los jóvenes en las experiencias participativas y autogestionarias**: los ajustes y el modelo neoliberal generan el «rechazo» y la marginación de los jóvenes en el mercado de trabajo, por lo que las experiencias autogestionarias ofrecen nuevas vías de inserción laboral y social, y la necesidad de «ofertas» organizativas adaptadas a las nuevas tecnologías y nuevas subjetividades.
- h) Frente a la significativa destrucción del ambiente que significa el actual modelo de desarrollo y de empresa heterogestionada, la democracia económica y la autogestión asumen una propuesta de sustentabilidad medioambiental y productiva y la adopción de tecnologías que permitan un desarrollo armónico con las necesidades de preservación de la naturaleza. En este sentido, son muy importantes de destacar las experiencias de los pueblos originarios, en especial en la zona andina, en las cuales se recupera el concepto de respeto por la madre tierra, la *pacha mama* y la recuperación de tecnologías, productos y saberes ancestrales.

III. PARTICIPACIÓN, DEMOCRACIA ECONÓMICA ESTADO Y SINDICATOS

- 1) Aunque en este artículo no intentamos un análisis del Estado en la región, es imprescindible realizar algunas apreciaciones dada su importancia como promotor o freno de la democracia económica, y teniendo en cuenta que el proceso de democratización en los planos económico y social tiene una estrecha correlación con la democracia política y el proceso de transformación de nuestros Estados rentistas, dependientes y patriarcales. Por ello debemos partir de nuestros Estados reales y concretos de los que apuntaremos algunas características⁹.
- 2) Las crisis globales, los procesos de integración, la emergencia de regionalismos y localismos, el deterioro del poder estatal y las ideologías satanizadoras del Estado y deificadoras del mercado como ordenador social, la propia irrupción de los derechos humanos de primera generación que limitaron el poder estatal frente a los ahora «ciudadanos» y antes súbditos y frente a sus propios trabajadores, antes meros agentes obedientes y ahora sujetos de derechos laborales individuales y colectivos.

Muchos de nuestros aparatos estatales suelen ser comparativamente más endebles: sus instituciones generalmente fueron trasplantadas de modelos ajenos a las realidades políticas y socioculturales nacionales y por ende, disfuncionales.

- 3) De esta manera, cayendo en la tentación «taxonómica» podemos diferenciar tres tipos básicos de «democracia económica»:
 - a) **Filo Estatal:** Cuando el Estado «promociona» la participación, la cogestión o la autogestión a través de normas (incluso constitucio-

⁹ En primer lugar, a pesar de los intentos «uniformizadores» de los organismos del Conceso de Washington es obvio destacar lo difícil de las generalizaciones en la región. El Estado brasileño y el haitiano, el venezolano y el chileno tienen diferencias notorias de todo tipo. De allí la salvedad de lo inadecuado que puede resultar aplicar el mismo esquema a todos los países.

En los llamados países desarrollados las diferentes instituciones gubernamentales han sido resultado de una larga evolución y se consolidaron conjuntamente con el desarrollo de las fuerzas productivas. El nacimiento de los Estados Nacionales y su posterior desarrollo sufrió del embate de guerras intestinas y de feroces luchas por mercados y hegemonías que solamente en el siglo pasado dieron lugar a dos terribles guerras con millones de muertos y destrucción.

nales) y con el apoyo financiero y técnico, convirtiéndola en algunos casos el «ideología oficial» como en la Yugoslavia de Tito o el Perú de Velazco Alvarado. En general muchas constituciones de la región promocionan el cooperativismo y muchas leyes laborales facilitan las convenciones colectivas o mecanismos de codeterminación en áreas como la salud y la seguridad en el trabajo.

- b) **Neutra:** Cuando el Estado ni promueve ni reprime las experiencias de democracia económica: es el caso de experiencias como las de Mondragón en el país vasco, las EAT (empresas administradas por sus trabajadores del Perú de los años setenta) y muchas mutuales y cooperativas en nuestros países en los cuales, a pesar de una declarativa protección del Estado en la práctica deben enfrentar en el mercado a organizaciones oligopólicas y monopolísticas. Se trata muchas veces de experiencias valiosas pero aisladas que no ponen en peligro la hegemonía de los intereses hegemónicos representados en el Estado. Algunas experiencias de Cooperativas de Producción en ciertas etapas históricas podrían incluirse en esta categoría igual que experiencias cogestivas en el marco de relaciones obrero patronales con escasa participación real del Estado.
- c) **Contestaria:** Son los casos en que los trabajadores gestionan o co-gestionan los medios de producción **contra** el sistema jurídico, muchas veces bajo la represión del aparato estatal y como parte de la lucha social y política: las tomas de tierra en muchos de nuestros países, las ocupaciones de fábricas y minas.

Dependiendo de los cambios políticos y de las coyunturas muchas experiencias y procesos van mutando y habiendo nacido como «contestatarias» logran el apoyo del Estado o, viceversa, habiendo tenido un cierto apoyo estatal como las Empresas Recuperadas en varios de nuestros países, pasan a ser neutras y hasta contestatarias cuando cambia en esquema político como en las experiencias históricas de las empresas del Área de Propiedad Social de Chile o las EPS de Perú o en recientes casos de Brasil o Argentina con el cambio del signo político gubernamental que afectó gravemente el papel del Estado en las empresas de economía social.

- 4) El papel del trabajo y las organizaciones de trabajadores y empleadores frente a la precarización, la «flexibilización» y «el fin del trabajo».

Es casi un lugar común la afirmación que uno de los pilares de la participación, la cogestión y la autogestión es una fuerte organización sindical y el desarrollo de la conciencia de los trabajadores.

Los cambios históricos, económicos y tecnológicos que atravesamos imponen al movimiento de los trabajadores nuevas estrategias y, en muchos países, una profunda renovación capaz de hacerlas aptas para estos desafíos.

En el siglo XIX, y en algunos países de América Latina en el XX, los trabajadores como reacción frente a las condiciones de vida y de trabajo que les imponía el capitalismo construyeron instrumentos para la defensa de sus intereses: los sindicatos, las mutuales y cooperativas y organizaciones políticas «de clase» con diferentes signos dentro de un espectro ideológico propio de la época.

El sindicalismo, en un comienzo reprimido por las normas inspiradas en el liberalismo económico como la *lex Chapelier*, después apenas «tolerado» y en constante contradicción con el sistema político, va sufriendo un proceso de integración al sistema económico en general, y en muchos casos en América Latina y el Caribe, de participación en movimientos nacionales como el trabajismo en Brasil, el peronismo en Argentina y el cardenismo en México que desarrollan una legislación laboral y previsional proteccionista y un esquema de integración al Estado de organizaciones sindicales de masas organizadas por rama de actividad.

En estos países se desarrolla, por una parte un sindicalismo de masas con estructuras poderosas y fuerte institucionalización, pero por otra parte una fuerte burocratización que convierte en muchos casos a la dirigencia sindical en gestores e intermediarios del conflicto y en otros casos en dirigentes alejados de la vida cotidiana y los intereses de sus propias bases.

En otros países de la región las estructuras orgánicas son obsoletas impuestas por una normativa que busca la división de los trabajadores mediante la imposición del modelo del sindicato por empresa y las estrategias de precarización de las relaciones de trabajo.

Las demandas de autonomía y democratización sindical y de ampliación de la participación de los trabajadores en sus propias organizaciones constituyen un elemento fundamental para el debate de nuevos retos de un sindicalismo que ha desarrollado estructuras internacionales que han dejado atrás viejas divisiones que enfrentaban diferentes estructuras e impedían la unidad de acción y la adopción de programas cuestionadores de la heterogestión imperante.

De esta suerte, independientemente del rol que asuman los trabajadores y sus organizaciones frente al Estado, creemos que es importante eva-

luar el papel de los sindicatos frente a la cogestión y autogestión, en este sentido podemos ensayar tres categorías:

a) **Participación, cogestión y autogestión pro-sindical:**

Cuando las organizaciones de trabajadores asumen un papel protagónico en el proceso, como en las empresas o cooperativas de trabajo auspiciadas por los sindicatos, como por ejemplo las cooperativas mineras organizadas por la Federación Sindical de Trabajadores Mineros de Bolivia, el periódico «El Ciudadano» impulsado por el Sindicato de Prensa de Rosario, la cogestión de SEGBA (Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires) en la década de los setenta, impulsada por el Sindicato de Luz y Fuerza.

b) **Neutra:**

La experiencia nace al margen de las organizaciones sindicales, por su inexistencia o indiferencia, pero no llega a hacerse competitiva con ellas como ocurre con cooperativas o empresas de trabajadores o sistemas de participación en las cuales no interviene la organización sindical.

c) **Competitiva:**

En los casos en que la participación o la autogestión nace o se desarrolla en conflicto u opuesta a las organizaciones sindicales. La Ley de Propiedad Social peruana subordinaba la directiva sindical a la empresarial previendo posibles conflictos. En muchas empresas autogestionadas o participadas surgen conflictos entre sindicatos y directivas empresariales en virtud de las contradicciones propias de esas experiencias y las dificultades prácticas de su desarrollo en un mercado competitivo.

Creemos que la lucha sindical, en su desarrollo reivindicativo y político debe confluir con las experiencias de participación, cogestión y autogestión y con las propuestas de ciudadanía productiva, generando un avance cualitativo en los programas sindicales con el protagonismo de los trabajadores.

También es estratégicamente importante en la región para las empresas de la economía social desarrollar sus relaciones y alianzas con las organizaciones de trabajadores y adoptar progresivamente los derechos y deberes de los trabajadores asociados, en el marco de la idea común de los principios del Derecho Social y dentro de los mandatos de las normas de las Convenciones Internacionales

de Derechos Humanos en el trabajo ratificadas en el sistema americano en la materia¹⁰.

5) **Experiencias de democracia económica Latinoamericanas y Caribeñas.**

- a) Muchas experiencias de participación, cogestión y autogestión han sido exitosas en la región, en diferentes épocas y países. Sin embargo también es importante estudiar autocríticamente los casos de frustraciones y los problemas con el Estado (cambios regresivos como los que en muchos países estamos viviendo), con el mercado (concentración económico-financiera: oligopolización y monopolización), de las organizaciones sociales y el entorno político y cultural (el individualismo y la transculturización) y con nuestros «modelos» de democracia económica adoptados. Por estas causas, se ha generado, junto con las experiencias exitosas, un verdadero «cementerio» latinoamericano y caribeño cuyo proceso histórico hemos analizado¹¹.

b) **Crisis como oportunidad:**

Actualmente la región, con excepciones, afronta varias crisis superpuestas: en la inserción en el mercado mundial, con escasa participación en las cadenas productivas; crisis política aún en países como Brasil que habían logrado cierta consolidación de su sistema político; y, en general, crisis de la representación/ crisis del Estado. Desde el punto de vista social la actual coyuntura muestra una agudización de la crisis en la distribución del ingreso: marginalidad creciente con sus secuelas sociales. También debemos destacar una crisis tecnológica, con problemas de desigualdades sociales en la adaptación a las redes y nuevas tecnologías. Estas crisis tienen como marco una crisis «civilizatoria» y problemas culturales arraigados por nuestro desarrollo histórico signado por el modelo de «Civilización y Barbarie» impuesto desde el siglo XIX.

Sin embargo, para las propuestas de democracia económica estas crisis son también oportunidades que los trabajadores y sus

¹⁰ Ver Francisco Iturraspe. *Situación Jurídica de los trabajadores de las Cooperativas y Empresas de Economía Social y Solidaria* en Editorial Zeus, Revista 4, T130, página 391 a 397, Rosario, 2016.

¹¹ Ver Francisco Iturraspe. *Participación Cogestión y Autogestión en América Latina* (dos tomos), Editorial Nueva Sociedad, Caracas-San José, 1986.

organizaciones deben asumir como desafíos para el avance de propuestas alternativas y superadoras, basadas en la creatividad colectiva de sus participantes.

Bibliografía

- CORAGGIO, J. L. (2013). *Economía Social. Concepto y Prácticas*. Universidad General Sarmiento, Buenos Aires.
- CROSS, C. y MATÍAS B. (ed.) (2010). *La producción del trabajo asociativo*. Ediciones CICCUS, Buenos Aires.
- DELFIÑO, A. (1981). *Multinacionales, sindicalismo y autogestión*. Editorial Cóndor, Quito, Ecuador.
- FAJARDO GARCÍA, G. (ed.) (2016). *Empresas gestionadas por sus trabajadores*, CIRIEC.
- ITURRASPE, F. (ed.) (1986). *Participación Cogestión y Autogestión en América Latina* (dos tomos), Editorial Nueva Sociedad, Caracas-San José.
- ITURRASPE, F. (2012). *América Latina: Estado y Derecho en la Era de la Mundialización*, Universidad Central de Venezuela-Editorial Académica Española, Madrid.
- (2016). «Situación Jurídica de los trabajadores de las Cooperativas y Empresas de Economía Social y Solidaria», en Editorial Zeus, *Revista 4*, T130, página 391 a 397, Rosario.
- MANTERO DE SAN VICENTE, O. (1981). *Cogestión en la Empresa*, ILDIS, Caracas.
- PIKETTY, T. (2014). *Capital in the Twenty-First Century*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Mass.
- RAZETO, L. (1981). *Economía de solidaridad y mercado democrático*, PET, Santiago de Chile.
- ROSANVALLON, P. (1979). *La Autogestión*, Editorial Fundamentos, Madrid.
- RIFKIN, J. (2014). *La sociedad del coste marginal cero*. Ed. Paidós. Barcelona.
- SCHUJMAN, M. S. (2016). *La Economía Social, solidaria y Comunitaria en el contexto del Poder Global, el Estado y el Derecho*, UCR Editora, Rosario.

CAPÍTULO II

*La participación de las personas trabajadoras en España: ¿oportunidad fallida, o crónica de un fracaso anunciado?*¹

AITOR BENGOTXEA ALKORTA

*Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Director de GEZKI (Gizarte Ekonomia eta Zuzenbide Kooperatiboaren Institutua/
Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social)
Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS EN LA EMPRESA. III. LO PARADÓJICO DE LA PARTICIPACIÓN. IV. ORIGEN HISTÓRICO DE LA PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA. V. RÉGIMEN JURÍDICO-POSITIVO DE LA PARTICIPACIÓN EN ESPAÑA. 1. La participación en la normativa de la Organización Internacional del Trabajo. 2. La participación en la Constitución española. 2.1. Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa. 2.2. Y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. 2.3. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. 2.4. El desarrollo legislativo de la participación de las personas trabajadoras en la empresa. 3. La participación en la normativa de la Unión Europea. 3.1. La participación en la dirección en la normativa comunitaria. 3.2. La participación económica en la normativa comunitaria. 4. La participación en la legislación española. 4.1. Información y consulta. 4.2. Supuestos peculiares. 5. La participación en los convenios colectivos, decisiones unilaterales del empresario, o contratos de trabajo. VI. BALANCE Y PERSPECTIVAS. VII. CONCLUSIONES. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La participación de los trabajadores en la empresa es una expresión muy extendida en la doctrina laboralista, pero no por ello exenta de complejidad.

¹ Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Economía Social, Auto-gestión y Empleo» (DER2016-78732-R) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

Se trata de la participación de personas trabajadoras en sentido técnico, vinculadas mediante contrato de trabajo a su empresa. Por consiguiente, trabajo que se realiza de manera voluntaria, retribuida, dependiente, y por cuenta ajena (art. 1.1 ET).

Lo que se está planteando es ir más allá de la participación por antonomasia, que consiste en la prestación de la actividad laboral, a cambio del salario. La cuestión reside en plantear que las personas trabajadoras, participan en diversos aspectos de la dinámica de la empresa.

Participación en la propiedad de la empresa, en la dirección de la misma, y en los resultados de la actividad empresarial.

En el presente estudio se pretende un acercamiento a la delimitación del ámbito del complejo concepto de la participación laboral en la empresa, para después subrayar lo paradójico de plantear participación en un esquema diseñado para lo contrario, para la prestación laboral en régimen de subordinación y ajenidad.

El breve comentario histórico del nacimiento de derechos de participación pretende ayudar a comprender los parámetros de la misma, y su armonización con ese ámbito de libertad y poder empresarial en el que se desarrolla.

Después observaremos el marco jurídico de la participación, en sus diversas dimensiones públicas: internacional, comunitario, y estatal. Sin ignorar la posibilidad de que la autonomía contractual privada, colectiva o individual, genere derechos de participación.

Tras la exposición del marco jurídico, se procurará reflejar el balance que la participación arroja en la realidad, y las perspectivas de desarrollo futuro que muestra la cuestión. Terminaremos con unas reflexiones conclusivas.

II. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS EN LA EMPRESA

Está generalmente admitido que, en su acepción amplia, la participación en la empresa engloba tres aspectos de la misma: participación en la propiedad; en la dirección de la actividad empresarial; y en los resultados económicos de la misma.

Podemos englobar las tres categorías en dos, de manera que la participación en la propiedad y en los resultados suelen calificarse como partici-

pación económica o financiera², mientras que la participación en la dirección muestra una naturaleza diferente, y se ubica en el ámbito del sistema de toma de decisiones en torno al rumbo que debe seguir la empresa.

Desde luego, aunque conceptualmente se pueden distinguir los tres ámbitos, se encuentra estrechamente interrelacionados. El núcleo se encuentra en la propiedad de la empresa (art. 33 CE), de manera que al titular de la misma le corresponde la dirección de la misma (art. 38 CE)³, basada precisamente en el título dominical; posición jurídica que asimismo conlleva la apropiación de los beneficios (dividendos) que tenga la empresa, o la asunción de pérdidas, en su caso.

Por ello, en el modelo de cooperativa de trabajo asociado, donde la propiedad de la empresa pertenece a las personas socias-trabajadoras que han constituido la propia cooperativa, que a las propias personas cooperativistas corresponda la participación en la dirección de la empresa, y en los resultados de la misma (retornos cooperativos), es un elemento inherente a la propiedad de la empresa cooperativa.

Lo mismo sucede en las sociedades laborales, en cuyo caso la mayoría o la totalidad del capital de la sociedad, limitada o anónima, pertenece a las personas que trabajan en la empresa.

Por lo tanto, el estudio de la participación de las personas trabajadoras en la empresa ofrece mayor interés en los supuestos en los que, al contrario que en las cooperativas y sociedades laborales, las personas trabajadoras no tienen la propiedad de la empresa o, al menos, no ostentan la mayoría de la misma.

A partir de ahí, dejando a un lado la propiedad de la empresa, caben diversas combinaciones, donde exista sólo la participación en la dirección, sólo en resultados, o ambas al mismo tiempo. Y, en todos los casos, la participación puede mostrar distintos grados de intensidad.

² Aunque está muy ampliamente utilizada la fórmula «participación financiera», que es la adoptada por la Unión Europea, parece más adecuado referirse a «participación económica», si entendemos que, en puridad, la participación en resultados no financia la empresa, al contrario que la participación en la propiedad, que claramente sí lo hace.

³ «La legitimación del poder se encuentra en la titularidad de los medios de producción», González Ortega, S. (2005), «La participación de los trabajadores en la empresa como expresión de la democracia social», Cuadernos de Derecho Público, 25.

La participación en la propiedad se puede adquirir mediante diversas fórmulas, dependiendo del tipo de empresa (acciones, participaciones, etc.). Se trata de que las personas trabajadoras adquieran parte o la totalidad de la propiedad de la empresa, sin que su relación con la misma pierda el carácter de relación laboral, regida por el derecho del trabajo.

Cabe destacar que, en el ámbito técnico-jurídico, ha adquirido un notable grado de complejidad el debate sobre la naturaleza salarial o extrasalarial de algunas fórmulas de adquisición de acciones por parte de las personas trabajadoras. Una u otra calificación dependerá de los elementos concurrentes en cada supuesto⁴, si bien es cierto que, con respecto a los casos de opciones de adquisición de acciones (*stock options*) que ha conocido, el Tribunal Supremo se ha decantado por su naturaleza salarial⁵.

Cuando esa participación en la propiedad tenga carácter determinante, por alcanzar la mayoría del capital social, estamos ante una sociedad laboral. En esta figura societaria, aunque la totalidad de la propiedad pertenezca a las personas que trabajan en la empresa, se mantiene el vínculo jurídico-laboral entre empresa y personas trabajadoras, que se canaliza mediante contratos de trabajo.

La participación en la dirección es la modalidad que ha recibido más atención por parte del legislador español, como se verá, y la que, por consiguiente, ha merecido un análisis más detenido por parte de la doctrina científica.

En este ámbito, se puede distinguir entre participación directa, por parte de la persona trabajadora individual; y participación indirecta, cuando se canaliza a través de sujetos que encarnan la representación colectiva de las personas trabajadoras.

⁴ Para profundizar en la cuestión, Nieto Rojas, P. (2011), *La participación financiera de los trabajadores en la empresa*, Tirant lo Blanch, que distingue los supuestos de distribución de acciones entre las personas empleadas; la asistencia financiera para adquirir acciones; y la entrega de opciones sobre acciones (*stock options*); López Sánchez, C. (2007), «Nuevas formas de participación retributiva en la empresa», en, AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid; Quirós Hidalgo, J. G. (2007), «El régimen jurídico de las *stock options*: ¿participación de los trabajadores en la empresa o modalidad retributiva?», en, AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.

⁵ A partir de las SSTs de 24 de octubre de 2001 (RJA 2002/2362 y RJA 2002/2363).

También se suele distinguir entre participación interna y participación externa. La primera se produce cuando la representación de la parte trabajadora actúa en el interior del órgano encargado de la dirección de la empresa (p. ej. consejo de administración). La segunda, al contrario, se observa cuando el fenómeno participativo interviene desde estructuras ajenas a los órganos encargados de la gestión empresarial.

La principal dificultad de delimitación de la participación en la dirección estriba en dilucidar su relación con la negociación colectiva. En términos ortodoxos, cabe considerar la participación como ejercicio de colaboración con la empresa, mientras que la negociación se enmarcaría en la lógica de la confrontación.

La propia Constitución parece dotar de sentido a esa dualidad, cuando ubica la participación de manera aislada (art. 129.2) con respecto al fenómeno sindical, al que parece atribuir funciones de defensa de los intereses de las personas trabajadoras, en términos de confrontación. Sobre todo, cuando observamos que el art. 7 CE reconoce claramente la divergencia de intereses económicos y sociales de trabajadores y empresarios, atribuyéndoles, respectivamente, los instrumentos del sindicato, y de la asociación empresarial.

La misma lógica de confrontación parece reflejarse en la negociación colectiva (art. 37.1 CE), donde hay dos partes, y cada una defiende sus intereses; y en el ámbito de los conflictos colectivos, donde una parte presiona a la otra (art. 37.2 CE), fenómeno cuyo máximo exponente es la huelga (art. 28.2 CE).

Por lo tanto, podría plantearse la dicotomía participación colaboradora *vs.* acción sindical de confrontación. Sin embargo, la doctrina coincide en subrayar que la evolución histórica de la acción colectiva sindical ha llevado a difuminar esa línea divisoria⁶. Y ello no obsta a que la dinámica de confrontación perviva, anclada firmemente en el propio conflicto básico estructural entre capital y trabajo.

⁶ En esa línea encontramos a Baylos Grau, A. (1992), «Control obrero, democracia industrial y participación», en, AA.VV., Baylos Grau, A. / Aparicio Tovar, J. (dirs.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta; González Ortega, S., *op. cit.*; Mercader Uguina, J. (2005), «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución europea como telón de fondo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 57; Palomeque López, M. C. (2007), «La participación de los trabajadores en la empresa», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 133.

Para corroborar esa afirmación, podemos subrayar que actualmente, en los convenios colectivos, además de la relación dialéctica en torno a la determinación de condiciones de trabajo, podemos encontrar acuerdos sobre fórmulas de participación en la dirección de la empresa⁷. En definitiva, «negociación y participación no son antitéticos»⁸.

La cuestión es compleja, probablemente, si los sindicatos interiorizan que la viabilidad y supervivencia de la empresa está directamente ligada al empleo, apostarán por la participación. También pueden ser determinantes las variables del grado de confianza y compromiso mutuo, entre la representación del capital y la del trabajo, que se reflejarán en el grado de participación que se desarrolle en la empresa⁹.

Por último, la participación en resultados supone atribuir parte de los beneficios (o pérdidas) ocasionados por la actividad empresarial a las personas trabajadoras, en forma de percepciones económicas.

Las cantidades que las personas trabajadoras reciben en concepto de participación en beneficios revisten naturaleza salarial, en forma de complementos salariales, ya que son retribuciones por el trabajo prestado, en forma de retribución variable¹⁰.

⁷ Así, podemos leer que «el enriquecimiento de contenidos de la negociación colectiva la ha convertido, por la naturaleza de las cuestiones y la forma de abordarlas, en un imprescindible instrumento de gestión de la empresa en todas sus dimensiones», González Ortega, S., *op. cit.*, p. 121.

⁸ Landa Zapirain, J. P. (2017), «Agotamiento del modelo español de doble canal de representación para una eficiente gestión del cambio en la empresa: la co-determinación como posible solución», Documentación Laboral, 109, vol. I, p. 52.

⁹ No es ajena a la cuestión la globalización de la economía y la competitividad, de manera que «una producción de calidad que permita soportar elevados niveles de competitividad casa mal con la confrontación», Rodríguez Escanciano, S. (2007), «La participación en la gestión empresarial a través de la contratación colectiva: la ampliación de las funciones negociales», en, AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, p. 825.

¹⁰ Nieto Rojas, P., *op. cit.*, p. 115; Romero Burillo, A. M. (2007), «Negociación colectiva y sistemas retributivos de participación de los trabajadores en la empresa», en, AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, p. 873.

III. LO PARADÓJICO DE LA PARTICIPACIÓN

Si abordamos el tema de la participación desde la perspectiva del contrato de trabajo, la cuestión resulta paradójica, en los tres ámbitos de participación mencionados.

El contrato de trabajo está perfilado como vehículo para canalizar la prestación laboral de los *trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario* (art. 1.1 ET).

Pues bien, mientras el contrato de trabajo se configuró para regular la relación dialéctica entre capital y trabajo, la participación en la propiedad plantea que las personas trabajadoras adquieran capital de la empresa, rompiendo la línea divisoria sobre la que se asienta el propio contrato laboral. Primera paradoja.

En lo que respecta a la dirección de la empresa, corresponde a la propiedad de la misma, de manera que quien la constituya, tendrá el poder de dirigirla, en función de la libertad de empresa (art. 38 CE). Por consiguiente, cuando la propiedad no pertenece a las personas trabajadoras, como se ha dicho con claridad, «se participa en algo que es ajeno... y teniendo en cuenta intereses ajenos»¹¹.

En la propia naturaleza jurídica del contrato de trabajo encontramos con nitidez el elemento de la subordinación: *dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona*¹², *el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario*¹³.

Resulta evidente el sometimiento de la parte trabajadora al poder de dirección empresarial, que comprende, en el amplio marco de la dirección de la empresa, la dirección de la actividad laboral de las personas contratadas para trabajar.

En ese contexto encontramos la segunda paradoja: la participación en la dirección de la empresa de quien ha sido contratado para desarrollar una prestación laboral subordinada.

¹¹ González Ortega, S., *op. cit.*, p. 116.

¹² Art. 1.1 ET.

¹³ Art. 20.1 ET.

Por último, la participación en resultados se predica en el seno de la relación laboral *por cuenta ajena*¹⁴, donde los frutos del trabajo (también los riesgos de la actividad laboral) se atribuyen a la parte empleadora. Atribuir parte de los beneficios que genera su actividad a quien trabaja por cuenta ajena. Tercera paradoja.

En definitiva, lo que se quiere subrayar es que la participación, en sus tres dimensiones, camina en dirección contraria al contrato de trabajo, que es el marco jurídico en el que se desarrolla.

Por lo tanto, para entender el fenómeno de la participación, parece sumamente útil repasar, aunque sea muy brevemente, las circunstancias de su advenimiento histórico.

IV. ORIGEN HISTÓRICO DE LA PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA

Tras la revolución industrial, en la primera fase de desarrollo del capitalismo industrial, se concebía al empresario como un «monarca absoluto»¹⁵, y al trabajador como su «súbdito»¹⁶. En este modelo, obviamente, no tenía cabida la idea de la participación de las personas trabajadoras, en nada que fuera más allá de su mera prestación laboral subordinada y por cuenta ajena.

La aparición de la idea de la participación en la empresa, en las tres modalidades que estamos viendo, se sitúa en torno a la Primera Guerra Mundial¹⁷, si bien hay antecedentes datados en el siglo XIX¹⁸.

El contexto es el del surgimiento del propio derecho del trabajo, como disciplina autónoma que se desgaja del derecho civil, para otorgar protección a la parte débil del contrato, trabajadora, superando la libertad e

¹⁴ Art. 1.1 ET.

¹⁵ Bayón Chacón, G. (1967), «Introducción al problema de la participación de los trabajadores en la empresa», en, AA.VV., Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa, Universidad de Madrid, p. 13.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Como tempranamente indicaba Bayón Chacón, G., *op. cit.*, p. 9.

¹⁸ «La primera experiencia relevante de participación en la empresa se puede situar en Alemania con la constitución de comités de trabajadores en 1891, que se elegían democráticamente entre éstos, y a los que el empresario debía oír en materias de organización de trabajo», Rivero Lamas, J. (1997), «Participación de los trabajadores en la empresa», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 84, p. 495.

igualdad contractual, elementos nominales pero no reales en el mundo del trabajo¹⁹. Técnicamente, se trata de la transición desde el contrato civil de arrendamiento de servicios hasta el contrato de trabajo²⁰.

Para que la participación se abriera camino en el sendero de la historia, además de ese factor trascendental del impulso público del derecho del trabajo, cabe destacar la influencia de la doctrina social de la iglesia, y de la presión social ejercida por el incipiente movimiento obrero, que reivindica derechos mínimos ante la insoportable situación socioeconómica del proletariado en la primera fase expansiva del capitalismo industrial²¹.

Desde luego, siguiendo en la órbita histórica de la Primera Guerra Mundial, la Revolución rusa de 1917 influyó decisivamente en el propio nacimiento del derecho del trabajo occidental; y también, en el aspecto de la participación, en el cambio de paradigma, y apertura hacia planteamientos participativos²².

Así, en esa incipiente fase de derechos de participación, la participación en la propiedad se refleja en la fórmula del accionariado obrero.

Mientras tanto, la defensa de la participación en la dirección de la empresa hunde sus raíces en el debate sobre la *democracia industrial*²³, que se desarrolló sobre todo en Inglaterra²⁴. Entre las aportaciones intelectuales más sobresalientes a ese debate, cabe destacar a Rosa Luxemburgo y a Antonio Gramsci²⁵.

En el caso de España, encontramos el primer reconocimiento constitucional de la participación, de carácter integral (las tres dimensiones), en la

¹⁹ En ese sentido, Valdés Alonso, A. (2011), «La participación de los trabajadores en la empresa: una aproximación histórica», Documentación Laboral, 91, p. 101.

²⁰ Muñoz García, M. (2007), «La polivalencia conceptual del término participación», en, AA.VV., Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, p. 128.

²¹ Desarrollando esos tres factores, intervencionismo estatal, doctrina social de la iglesia, y presión obrera, Valdés Alonso, A., *op. cit.*, p. 106 y ss.

²² Destacando este aspecto, Baylos Grau, A., *op. cit.*

²³ Expresión deudora de la obra clásica de los WEBB, *Industrial democracy* (1898), como subraya Uriarte Torrealday, R. (2005), *El art. 129.2 de la Constitución*, Comares, p. 5.

²⁴ «Lo que está en juego, bajo el debate de sobre la participación en la empresa, es la distribución efectiva de las relaciones de poder en la misma», Baylos Grau, A., *op. cit.*, p. 166.

²⁵ En ese sentido, Landa Zapirain, J. P., *op. cit.*, p. 29.

Constitución de la Segunda República (1931): *La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará... la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas* (art. 46).

Tras la guerra civil, en el modelo autoritario y corporativista del derecho laboral franquista, se reconoce el derecho a la participación en beneficios, en el Fuero de los Españoles (1945) en los siguientes términos: *El Estado reconoce en la empresa una comunidad de aportaciones de la técnica, la mano de obra y el capital en sus diversas formas y proclama por consecuencia el derecho de estos elementos a participar en los beneficios* (art. 26).

En lo que respecta a la dirección de la empresa, el Fuero del Trabajo (1938), indica claramente que *el jefe de la empresa asumirá por sí la dirección de la misma* (art. 8.3), sin que se aprecie atisbo alguno de derecho de participación por parte de las personas trabajadoras.

En general, hay que esperar hasta la posguerra de la Segunda Guerra Mundial, para que, en el contexto comparado del Estado Social, los derechos de participación de las personas trabajadoras conozcan un decidido impulso.

Ya se vislumbra el derecho a la participación en la empresa como derecho social, superándose la fase pionera de democracia industrial, y se aboga por la «democracia social en el microcosmos de la empresa»²⁶.

En esa fase arranca la época dorada de los derechos sociales, donde se inserta la Constitución española de 1978, que en su art. 129.2 indica que *los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción*.

Así nos adentramos en el estudio del derecho positivo vigente.

V. RÉGIMEN JURÍDICO-POSITIVO DE LA PARTICIPACIÓN EN ESPAÑA

Estudiaremos los diversos niveles de intervención normativa sobre la participación, comenzando por la dimensión internacional (OIT). Des-

²⁶ González Ortega, S., *op. cit.*, p. 114.

pués observaremos las referencias constitucionales al respecto. A continuación, la normativa comunitaria europea, y seguidamente su reflejo en la legislación interna. Por último, la regulación de la participación en los convenios colectivos, decisiones unilaterales del empresario, y contratos de trabajo.

1. La participación en la normativa de la Organización Internacional del Trabajo

En sus casi 100 años de historia, la OIT (1919), no ha promulgado ninguna norma sobre la participación de las trabajadoras y trabajadores en la empresa. Sin embargo, su actuación normativa ha sido notable en el ámbito de la libertad sindical y la negociación colectiva, sin que se pueda encontrar mención alguna, ni siquiera tangencial, en los Convenios OIT que han tratado esos derechos colectivos de las personas trabajadoras (Convenios 87, 98, y 154)²⁷.

Ni siquiera en el Convenio 135 (1971), *sobre los representantes de los trabajadores*, cuyo contenido gira en torno a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, podemos encontrar alusión alguna a la participación, en ninguna de sus tres variantes.

Dejando a un lado el nivel normativo, hay que descender hasta las meras Recomendaciones de la OIT para encontrar recogida la cuestión de la participación.

Así, la Recomendación OIT 94 (1952), versa *sobre la colaboración en el ámbito de la empresa*. La Recomendación literalmente indica que *se deberían tomar medidas apropiadas para promover la consulta y la colaboración entre empleadores y trabajadores en el ámbito de la empresa sobre las cuestiones de interés común que no estén comprendidas dentro del campo de acción de los organismos de negociación colectiva o que normalmente no sean tratadas por otros organismos encargados de determinar las condiciones de empleo* (art. 1).

Llama la atención la nítida separación que establece entre colaboración y negociación colectiva de condiciones laborales, siguiendo la estela de la

²⁷ Conv. 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948); Conv. 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949); Conv. 154, sobre la negociación colectiva (1981).

distinción participación-colaboración *vs.* negociación-confrontación, que hemos comentado *supra* (apdo. 2).

Posteriormente se promulgó la Recomendación OIT 129 (1967), *sobre las comunicaciones dentro de la empresa*. Se puede considerar complementaria de la Recom. 94, de manera que fomenta la comunicación, como instrumento de colaboración. Así se aboga por la *difusión e intercambio rápidos de informaciones tan completas y objetivas como sea posible, sobre los diferentes aspectos de la vida de la empresa y de las condiciones sociales de los trabajadores* (art. 2.2).

2. La participación en la Constitución española

Sin duda, encontramos la principal referencia constitucional sobre la participación en el art. 129.2, que indica lo siguiente: *los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción*.

Llama la atención su ubicación, en el Título VII, sobre Economía y Hacienda, lejos de los apartados sobre derechos y de los principios rectores socioeconómicos.

Parece evidente su relación con el art. 9.2 cuando leemos que *corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*. El máximo intérprete de la Constitución ha subrayado ese vínculo entre ambos preceptos²⁸. La doctrina científica también ha destacado esa relación²⁹.

²⁸ STC 208/1989, FJ. 3: «Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que constituye mandato constitucional de los poderes públicos facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural (art. 9.2 CE) y, específicamente, promover eficazmente “las diversas formas de participación en la Empresa” (art. 129.2 CE)».

²⁹ González, *op. cit.*; Rojo Torrecilla, E. (2003), «Comentario al art. 129.2 CE y su desarrollo», en, AA.VV., *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Uriarte, *op. cit.*; Valdés Dal-Ré, F. (2013), «La participación de los trabajadores en la empresa: el marco constitucional», *Relaciones Laborales*, 11.

La participación de las personas trabajadoras en la empresa está directamente vinculada con la participación en la vida económica, al ser la empresa la unidad de producción económica por excelencia.

Desde luego, resulta imprescindible coherencia el mandato del art. 129.2 con el derecho a la propiedad privada de la empresa (art. 33 CE), y con la libertad de empresa (art. 38 CE), que comprende tanto el derecho a constituir la empresa, como el de dirigir su destino.

La exégesis del art. 129.2 no es fácil, y el recurso a los correspondientes diarios de sesiones en el debate constituyente no arroja luz sobre la cuestión³⁰. La doctrina se encuentra dividida al dotar de sentido al triple y consecutivo mandato que contiene.

Por ello, parece conveniente analizar por separado cada uno de los tres incisos. Para terminar este apartado sobre el tratamiento constitucional de la participación, comentaremos el grado de coerción que ejerce con respecto a su ulterior desarrollo legislativo.

2.1. Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa

En lo que respecta al primer inciso, parece claro el destinatario del mandato: *los poderes públicos*. Expresión amplia que debe incluir el poder legislativo, el ejecutivo, y el judicial. En el caso del poder legislativo, tanto el estatal, como los autonómicos. Y, en cuanto al ejecutivo, todas las Administraciones públicas, tanto la estatal, como las autonómicas, y las locales.

La promoción eficaz de la participación indica que esa actividad pública de fomento debe producir efectos sustantivos en el desarrollo de la participación, más allá de aspectos formales o nominales.

A partir de ahí, la división doctrinal aparece cuando se trata de interpretar el sentido de la locución *diversas formas de participación en la empresa*.

Un sector doctrinal entiende que se está refiriendo, de manera general, a los tres tipos de participación (en la propiedad de la empresa, en su dirección, y en la atribución de resultados), de manera que las siguientes menciones del art. 129.2, sobre cooperativas, y sobre propiedad de los medios de producción, serían especies del género común³¹. Posición que sus-

³⁰ En ese sentido, Palomeque, *op. cit.*, p. 19 y ss.

³¹ Posición en la que podemos encontrar a González, *op. cit.*; y Rivero, *op. cit.*

cribo, al no encontrar motivos para limitar la amplia dicción *diversas formas de participación en la empresa*, que entiendo a modo de delimitación inicial, integral, de la temática participativa³².

Otro sector doctrinal, por el contrario, entiende que las *diversas formas de participación en la empresa* se circunscriben a los distintos tipos (participación directa e indirecta, interna y externa, etc.)³³, y grados de intensidad de la participación en la dirección de la empresa (información, consulta, cogestión, etc.), de manera que esa expresión no incluye la participación económica en la empresa (ni en la propiedad, ni en los resultados)³⁴. También hay quien interpreta que se refiere a participación en la dirección y en los resultados, pero no en la propiedad³⁵.

2.2. Y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas

La cooperativa es una *asociación autónoma de personas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática* (Alianza Cooperativa Internacional, 1995).

Cuando la necesidad a satisfacer es la de tener empleo, en forma de autoempleo colectivo, nos encontramos ante una cooperativa de trabajo asociado.

Las cooperativas de trabajo asociado constituyen la expresión más acabada del fenómeno participativo. En ellas, las personas trabajadoras son propietarias de su empresa, que consecuentemente dirigen, y de cuyos resultados se apropian, en forma de retorno cooperativo.

Retorno cooperativo como concepto independiente con respecto a la retribución del trabajo cooperativo realizado, que se produce mediante los denominados anticipos laborales.

³² Reiterando la opinión manifestada en Bengoetxea Alkorta, A. (2016), «Modelos de participación de los trabajadores en la empresa», en, Fajardo García, G. (coord.), AA.VV., Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores, Tirant lo Blanch.

³³ Aspectos que hemos comentado *supra*, en el apdo. 2.

³⁴ En esa línea, Castro Argüelles, M^a. A. (2014), «Participación de los trabajadores en la empresa», Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 108; Palomeque, *op. cit.*; Uriarte, *op. cit.*

³⁵ Valdés Dal-Ré, *op. cit.*, p. 5.

Por ello, tras una formulación amplia de las diversas formas de participación, la Constitución, llegando directamente a la máxima fórmula participativa, encarnada por la cooperativa, ordena al legislador que la fomente.

2.3. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción

Parece claro el centro de imputación normativa del último de los mandatos dirigidos a los poderes públicos, en torno a facilitar el acceso de las personas trabajadoras a los medios de producción: la participación en la propiedad de la empresa³⁶.

Se trata de la clásica fórmula del accionariado obrero, de manera que las personas trabajadoras puedan acceder a la propiedad de la empresa, a la que en principio son ajenos, ya que únicamente venden su fuerza de trabajo a los titulares de la misma, a cambio de un salario.

Cuando esa participación en la propiedad es mayoritaria, nos encontramos ante una sociedad laboral, que por consiguiente constituye un desarrollo directo del mandato de facilitar a los trabajadores el acceso a la propiedad de la empresa³⁷.

2.4. El desarrollo legislativo de la participación de las personas trabajadoras en la empresa

El propio Tribunal Constitucional ha manifestado, con meridiana claridad, que «el legislador tiene un notable margen de apreciación para determinar el grado de participación en la empresa que establezca» (STC 142/1993, F.J. 9).

Como se ha subrayado, con acierto, «se trata, pues, del típico derecho de configuración legal, donde el legislador ordinario tiene una amplísima capacidad de opción y de elección que podrá materializarse en muy diversas formas, grados, intensidades y niveles de participación de los trabajadores en la empresa. Sólo un desarrollo normativo abiertamente contrario o negador en términos absolutos de cualquier forma de participación po-

³⁶ Por todos, Uriarte Torrealdai, R., *op. cit.*, p. 102.

³⁷ Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas.

drían considerarse inconstitucional por vulnerar lo establecido en el artículo 129.2 CE»³⁸.

Con la excepción del nítido mandato dirigido al fomento de las sociedades cooperativas, mediante una legislación adecuada, la promoción legislativa de la participación de las personas trabajadoras en la empresa está sometida a un mínimo grado de coerción constitucional, y, por consiguiente, máxima discrecionalidad en favor del legislador ordinario.

3. La participación en la normativa de la Unión Europea

La Unión Europea ha apostado por la participación, hasta el punto de que puede afirmarse que «la participación de los trabajadores en la empresa constituye una de las señas de identidad del Derecho comunitario»³⁹.

Aunque también hay una clara política de apoyo a la participación económica (en la propiedad y en los resultados), la modalidad de participación con un impulso normativo de mayor alcance es la participación en la dirección de la empresa. El modelo adoptado, a modo de mínimo común denominador, es el de información y consulta, lejos de la cogestión alemana (*Mitbestimmung*).

3.1. La participación en la dirección en la normativa comunitaria

En la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) se recoge el *derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa* (art. 27), de manera que *se deberá garantizar a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación en los casos y condiciones previstos en el Derecho comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales*.

Cabe destacar que la UE parece delimitar claramente el ámbito de la participación (colaboración), con respecto al ámbito de la acción colectiva (confrontación), en torno a la negociación colectiva y a la huelga. Mientras que el derecho a la participación se recoge en el mencionado

³⁸ González Ortega, S., *op. cit.*, p. 113.

³⁹ Fernández Docampo, B., *op. cit.*, p. 200.

art. 27 CDFUE, el art. 28 proclama el derecho de negociación y de acción colectiva⁴⁰.

Siguiendo en el rango normativo del derecho originario comunitario, en el art. 153.1 e) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se reitera que la Unión apoyará y completará la acción de los Estados en el ámbito de *la información y la consulta a los trabajadores*.

En el derecho derivado, encontramos tres Directivas sobre participación de las personas trabajadoras en la dirección de las empresas⁴¹. Las tres han sido transpuestas al ordenamiento interno español, como seguidamente se verá.

Por una parte, la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.

Esta Directiva Marco establece un suelo mínimo de información y consulta para todas las empresas ubicadas en cualquier Estado miembro de la UE, que alcancen el número de 50 personas trabajadoras (o centros de trabajo a partir de 20 personas)⁴².

La Directiva 2002/14/CE ha sido transpuesta mediante la Ley 38/2007, de 16 de noviembre. Dicha ley modifica el Estatuto de los Trabajadores en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

La segunda Directiva de referencia es la Directiva 2009/38/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009 sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de di-

⁴⁰ Art. 28: *Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.*

⁴¹ Dejando al margen la regulación comunitaria sobre cooperativas, porque la participación es inherente a ese tipo societario empresarial.

⁴² En su art. 2, se define la información como *la transmisión de datos por el empresario a los representantes de los trabajadores para que puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo*, y la consulta como *el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario*.

mención comunitaria. En este caso, se trata de la participación en la dirección de las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, con presencia en más de un Estado miembro⁴³.

Por consiguiente, esta Directiva sólo será aplicable en España cuando se trate de una empresa de dimensión comunitaria, o grupo de empresas, con personas trabajadoras en España. Su objetivo fundamental es que en toda empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria se establezca un comité de empresa europeo, o, al menos, un procedimiento de información y consulta a los trabajadores.

La Directiva 2009/38/CE ha sido transpuesta mediante la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria⁴⁴.

Por último, la Directiva 2001/86/CE del Consejo de 8 de octubre de 2001 por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

La *Societas Europaea* es una sociedad anónima con actividad económica en, al menos, dos Estados miembros diferentes. Por lo tanto, la Directiva 2001/86/CE sólo será de aplicación en España cuando se trate de una sociedad anónima con actividad en España y algún otro Estado, o Estados miembros de la UE.

En virtud del art. 2 de la Directiva, observamos que la implicación se traduce en derechos de información, consulta y participación. La informa-

⁴³ Según el art. 2, será de dimensión comunitaria toda empresa que emplee a 1000 o más trabajadores en los Estados miembros y, por lo menos en dos Estados miembros diferentes, emplee a 150 o más trabajadores en cada uno de ellos. Mientras tanto, se considera grupo de empresas de dimensión comunitaria todo aquel que emplee a 1 000 o más trabajadores en los Estados miembros; que comprenda al menos dos empresas miembros del grupo en Estados miembros diferentes; y que al menos una empresa del grupo emplee a 150 o más trabajadores en un Estado miembro y al menos otra de las empresas del grupo emplee a 150 o más trabajadores en otro Estado miembro.

⁴⁴ La ley en realidad supuso la transposición de la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994 (LCEur 1995, 2236), sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que antecedió a la Directiva 2009/38/CE. Por ello, aunque sigue vigente, la Ley 10/1997 fue modificada por la Ley 10/2011, 19 de mayo, para incorporar las modificaciones operadas por la Directiva 2009/38/CE.

ción y la consulta en el ámbito de la participación externa, y la «participación» se identifica con la participación interna⁴⁵.

La Directiva 2001/86/CE ha sido transpuesta al ordenamiento español mediante la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Dicha ley regula los derechos de participación en la empresa de las personas que trabajan en sociedades europeas domiciliadas en España.

3.2. La participación económica en la normativa comunitaria

Para encontrar las fuentes de impulso de la participación económica por parte de la UE, debemos descender desde el plano normativo hasta el de los documentos de carácter político (*soft law*).

Siguiendo un orden cronológico, encontramos en primer lugar la Recomendación del Consejo, de 27 de julio de 1992, (92/443/CEE), relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa (incluida la participación en el capital)⁴⁶.

También cabe destacar la Comunicación de la Comisión, de 5 de julio de 2002, relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores [COM (2002) 364 final]⁴⁷.

En la misma línea, encontramos el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Participación financiera de los trabajadores en Europa», de 21 de octubre de 2010⁴⁸.

⁴⁵ Como destaca Pons Carmena, M. (2016), *La participación de los trabajadores en la empresa en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, p. 96.

⁴⁶ Dicha Recomendación invita a los Estados miembros a reconocer los posibles beneficios de una utilización más extendida, a nivel individual o colectivo, de una amplia variedad de fórmulas de participación de los trabajadores por cuenta ajena en los beneficios y los resultados de la empresa, tales como la participación en beneficios, el accionariado o fórmulas mixtas.

⁴⁷ La Comunicación está dirigida a *definir un marco comunitario para fomentar la participación financiera de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa. En ella se detallan los principios generales de participación financiera, los obstáculos existentes y las medidas que deben adoptarse para una mayor difusión de la participación financiera.*

⁴⁸ El objetivo del Dictamen estriba en animar a Europa a elaborar un marco de referencia que fomente la conexión social y económica de Europa, agilizando la aplicación de la participación financiera de los trabajadores en distintos niveles (por ejemplo, participación en los beneficios, accionariado, ahorro salarial).

4. *La participación en la legislación española*

A pesar de que, como hemos podido observar, tanto la Constitución como la Unión Europea reclaman al legislador español que promueva eficazmente las diversas formas de participación en la empresa, incluyendo la participación en la propiedad, en la dirección, y en los resultados, la recepción de esos mandatos ha sido muy parcial.

Empecemos por destacar, con absoluta claridad, la «inexistencia de mecanismo legal alguno que reconozca derechos de participación económica de los trabajadores»⁴⁹.

Así, el legislador español ha ignorado la participación en la propiedad, y, al mismo tiempo, el mandato constitucional explícito que le reclama, como poder público, facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (art. 129.2 CE).

En lo que respecta a la participación en los resultados de la empresa, encontramos una previsión legal, que no garantiza, en el art. 26.3 ET, cuando prevé complementos salariales en función de los resultados de la empresa, si así se establece mediante convenio colectivo o contrato de trabajo individual.

Por consiguiente, las experiencias sobre participación económica (en la propiedad o en los resultados), cuando existen, tienen su origen en la libre voluntad de la empresa (concesión unilateral), o en la voluntad concurrente de la parte empresarial y la parte trabajadora; en su dimensión colectiva (convenios colectivos), o individual (contrato de trabajo).

El derecho a la *información, consulta y participación en la empresa* se reconoce como derecho básico de trabajadoras y trabajadores, *con el contenido y alcance que disponga su específica normativa* (art. 4.1.g, ET).

Previsión que nos lleva hasta el art. 61 ET, que reza *de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 y sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este título*.

Por lo tanto, aunque no se plantee como fórmula excluyente, en este momento el único sistema de participación, así denominado, que recoge el legislador español es el que regulado en el Título II ET, y que se materia-

⁴⁹ Nieto Rojas, P., *op. cit.*, p. 150.

liza a través de delegados de personal, comités de empresa, y asamblea de personas trabajadoras.

Delegados de personal y comités de empresa conforman la representación unitaria, porque son elegidos por todas las personas trabajadoras de la empresa (o centro de trabajo). Su diferencia es meramente cuantitativa, en función del volumen de la plantilla de la empresa.

Habrán delegados de personal en empresas cuyo número de personas empleadas no llegue a 50. No se prevé ningún tipo de representación si el número de personas trabajadoras es inferior a 6. Cabe, lógicamente, pensar en la participación directa, sin representantes. Pero no hay ninguna mención legal en ese sentido. Entre 6 y 10 trabajadoras y trabajadores, puede haber un delegado de personal si así lo acuerdan. Entre 11 y 30, habrá necesariamente 1; y, entre 31 y 49 personas trabajadoras, 3 delegados de personal⁵⁰.

Si se alcanza o supera la cifra de personas empleadas, la representación unitaria corresponderá al comité de empresa, compuesto por un número mínimo de 5 miembros⁵¹.

Con respecto a los representantes unitarios, el TC ha indicado que «los órganos de representación de los trabajadores en la empresa no tienen reconocimiento constitucional, sino que son creación de la Ley y poseen sólo una indirecta relación con el art. 129.2. de la CE» (STC 98/1985, F.J. 3).

En lo que respecta a la clásica distinción entre actividades de participación (colaboración), frente a dinámicas de negociación y conflicto colectivo (confrontación), que se ha comentado *supra*, el ET no ha delimitado con claridad ambos ámbitos, porque delegados de personal y comités de empresa, además de las funciones de participación en la gestión, tienen reconocidas facultades de negociación colectiva (Título III ET). Además, di-

⁵⁰ Art. 62.1 ET.

⁵¹ El número de miembros del comité de empresa se determinará de acuerdo con la siguiente escala: de cincuenta a cien trabajadores, cinco; de ciento uno a doscientos cincuenta trabajadores, nueve; de doscientos cincuenta y uno a quinientos trabajadores, trece; de quinientos uno a setecientos cincuenta trabajadores, diecisiete; de setecientos cincuenta y uno a mil trabajadores, veintiuno; de mil en adelante, dos por cada mil o fracción, con el máximo de setenta y cinco (art. 66.1 ET).

chos órganos de representación unitaria también tienen reconocidos el derecho a convocar huelgas y a adoptar otras medidas de conflicto colectivo⁵².

Hay una clara influencia de los sindicatos en la representación unitaria, aunque en principio puedan parecer compartimentos estancos⁵³. Las elecciones a representantes unitarios pueden ser promovidas por los sindicatos, aunque también por los trabajadores, reunidos en asamblea. Las personas elegibles pueden presentarse en nombre de un sindicato. También como independientes, si logran el aval de un número de personas equivalente al menos a tres veces el número de puestos a cubrir (art. 69 ET).

Por lo tanto, podemos concluir este apartado introductorio afirmando que el legislador español únicamente ha desarrollado la participación de las personas trabajadoras en la dirección de la empresa. Y lo ha hecho en torno al modelo de información y consulta, salvo algunos supuestos que después veremos, entre lo peculiar y lo anecdótico.

4.1. Información y consulta

El modelo de participación en la dirección auspiciado por el ET es el modelo de información y consulta, como sistema de participación externa. Es el sistema en el que los trabajadores tienen derecho a ser informados, *a posteriori*, sobre las decisiones adoptadas por la dirección de la empresa; o a ser consultados, *a priori*, de manera preceptiva pero no vinculante, sobre determinados aspectos de gestión de la misma.

La definición legal es la siguiente: *se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Por consulta se entiende el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo* (art. 64.1 ET).

En lo que respecta a las materias que deben ser sometidas a información y consulta, la principal fuente normativa está en el art. 64 ET que enumera

⁵² Facultades reconocidas en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

⁵³ «Sindicalización de la representación unitaria», según González Ortega, S., *op. cit.*, p. 126.

varias cuestiones concretas como objeto de información⁵⁴; información y consulta⁵⁵; y consulta⁵⁶.

⁵⁴ El comité de empresa tendrá derecho a ser informado trimestralmente: **a)** Sobre la evolución general del sector económico a que pertenece la empresa. **b)** Sobre la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo, así como sobre la producción y ventas, incluido el programa de producción. **c)** Sobre las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial y de los supuestos de subcontratación. **d)** De las estadísticas sobre el índice de absentismo y las causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen. También tendrá derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo. El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a: **a)** Conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa, prevista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a éstos. **b)** Conocer los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa así como los documentos relativos a la terminación de la relación laboral. **c)** Ser informado de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves. Asimismo, el comité de empresa tendrá derecho a recibir la copia básica de los contratos y la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos en el plazo de diez días siguientes a que tuvieran lugar.

⁵⁵ El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto. Asimismo, tendrá derecho a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Igualmente tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo.

⁵⁶ El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes cuestiones: **a)** Las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella. **b)** Las reducciones de jornada. **c)** El traslado total o parcial de las instalaciones. **d)** Los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo. **e)** Los planes de formación profesional en la empresa. **f)** La implantación y revisión de sistemas de organización y

Se puede observar que las materias respecto de las cuales el ET garantiza información o consulta giran en torno al empleo o a cuestiones productivas, quedando al margen las decisiones que constituyan la «estrategia de la empresa frente al mercado, es decir, cuando se trata de decisiones con repercusiones en —o relativos a—, clientes, suministradores y público en general»⁵⁷.

Dentro de la modalidad de la consulta debemos incluir las trascendentales materias, cuyo elenco se ha visto notablemente ampliado con las últimas reformas laborales, respecto de las cuales el ET prevé un periodo de consultas, entre la dirección de la empresa y la representación de trabajadoras y trabajadores. Transcurrido el período de consultas, la decisión corresponde al empresario, haya o no acuerdo entre ambas partes.

En todos los casos, el presupuesto habilitante debe girar en torno a causas económicas, técnicas, organizativas, o productivas⁵⁸. Los supuestos en los que el ET establece un período de consultas son los siguientes: movilidad geográfica (art. 40 ET); modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41 ET); suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (art. 47); despido colectivo (art. 51 ET); y la inaplicación del convenio colectivo (art. 82.3 ET).

control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo.

⁵⁷ Landa Zapirain, J. P. (2004), «La participación financiera de los trabajadores y los problemas de la “gobernanza corporativa”: ¿una probable nueva dimensión de la responsabilidad social de la empresa articulable entre la corresponsabilidad y la capacidad de codeterminación del factor trabajo?», en, Landa Zapirain, J. P. (coord.), AA.VV., *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*, Bomarzo, p. 19.

⁵⁸ El art. 51.1 ET, en referencia a los despidos colectivos, define las cuatro causas de esta manera: *Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.*

4.2. Supuestos peculiares

Más allá del modelo imperante de información y consulta, el rastreo de la legislación española lleva a aflorar otros supuestos dignos de mención.

Hay un supuesto aislado de cogestión, en materia de obras sociales de la empresa, de manera que corresponderá a delegados de personal y comités de empresa participar, como se determine por convenio colectivo, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares (art. 64.7, b ET).

Encontramos peculiaridades en la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL)⁵⁹. Por una parte, muestra un modelo de participación interna en el comité de seguridad y salud, órgano de consulta colegiado y paritario, con representantes empresariales y de trabajadores, en empresas de cincuenta o más trabajadores (art. 38 LPRL). Por otra parte, establece un sistema de participación directa de los trabajadores, y no a través de representantes, en las cuestiones relacionadas con la seguridad y la salud en el trabajo⁶⁰.

En el caso de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (anteriormente denominadas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales), encontramos un supuesto de participación interna, ya que un representante de las trabajadoras y trabajadores al servicio de la Mutua formará parte de su Junta General⁶¹, y, la misma persona, de su Junta Directiva⁶².

5. *La participación en los convenios colectivos, decisiones unilaterales del empresario, o contratos de trabajo*

Más allá del régimen legal de la participación en la dirección de la empresa, se pueden originar derechos de participación en cualquier ámbito

⁵⁹ Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

⁶⁰ Art. 18.2 LPRL: El empresario deberá consultar a los trabajadores, y permitir su participación, en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo V de la presente Ley. Los trabajadores tendrán derecho a efectuar propuestas al empresario, así como a los órganos de participación y representación previstos en el capítulo V de esta Ley, dirigidas a la mejora de los niveles de protección de la seguridad y la salud en la empresa.

⁶¹ Art. 33.2 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.

⁶² Art. 34.1 del mismo Reglamento.

(propiedad, dirección, y resultados), si así se establece mediante convenio colectivo, contrato de trabajo, o decisión unilateral del empresario⁶³.

A esa conclusión se llega, con respecto a los convenios colectivos, al leer en el art. 85.1 ET que *dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los periodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51.*

La expresión del art. 85.1 es lo suficientemente amplia (materias de índole económica) para acoger cláusulas convencionales sobre participación económica, en la propiedad y en los resultados⁶⁴. En cuanto a la participación en resultados, hay que recordar que ya está legalmente previsto que se reflejen en forma de complementos salariales, creados mediante convenio colectivo (art. 26.3 ET).

En el ámbito de la participación de los trabajadores en la dirección de la empresa, más allá de la regulación legislativa comentada en el apdo. 5.4, siempre cabe la posibilidad de ampliar esos derechos mediante la negociación colectiva. Habilita para ello, en general, el arriba aludido art. 85.1 ET, que expresamente prevé pactos en torno a los períodos de consultas. En lo que respecta, de manera específica, a la información y consulta, lo indica explícitamente el art. 64.9 ET⁶⁵.

Aunque no haya previsión legal expresa sobre derechos de participación de las personas trabajadoras en la empresa mediante concesión unilateral por parte del sujeto empresario, sin duda es posible, tanto decisiones de carácter individual, como de carácter colectivo.

Y ello en función de la capacidad del empresario de disponer de sus propios derechos, tanto económicos (su patrimonio), como el derecho de dirigir su empresa. Por lo tanto, puede conceder libremente derechos

⁶³ Refiriéndose concretamente a la participación en resultados, subraya esa triple vía para su génesis, Romero Burillo, A. M., *op. cit.*, p. 873.

⁶⁴ En esa línea, en la doctrina, por todos, Castro Argüelles, M^a. A., *op. cit.*

⁶⁵ *Respetando lo establecido legal o reglamentariamente, en los convenios colectivos se podrán establecer disposiciones específicas relativas al contenido y a las modalidades de ejercicio de los derechos de información y consulta previstos en este artículo, así como al nivel de representación más adecuado para ejercerlos.*

de participación, tanto en la propiedad, como en la dirección, o en los resultados.

En lo que respecta a la posibilidad de creación de derechos de participación por vía contractual individual, ya hay una previsión legal expresa al respecto, pudiendo establecerse complementos salariales individuales en concepto de participación en resultados (art. 26.3 ET).

La autonomía de la voluntad concurrente de sujeto empresario y sujeto trabajador, al igual que esa participación en resultados legalmente prevista, puede dar origen a derechos subjetivos de participación en la propiedad de la empresa, o en la dirección de la misma.

Así se deduce del art. 3.1 c) ET, cuando indica que *los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan... por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos*.

VI. BALANCE Y PERSPECTIVAS

Tras analizar el régimen jurídico de la participación de trabajadoras y trabajadores en la empresa, es el momento de comentar su reflejo en la práctica empresarial.

La valoración de la presencia de la participación, en sus diversas formas, en las empresas españolas, no puede ser positiva. Resulta notoria, en general, la muy escasa presencia de fórmulas de participación (en la propiedad, dirección, o resultados) en dichas empresas.

Como se ha indicado con claridad, el art. 129.2 CE, contiene un mandato de promoción eficaz de las diversas formas de participación en la empresa, que ha resultado «básicamente inactuado»⁶⁶. Como hemos visto *supra* (apdo. 5.2.4), dicho precepto constitucional ejerce un grado de coerción mínima con respecto al legislador.

A partir de ahí, el legislador, señaladamente, el Estatuto de los Trabajadores, no se ha destacado por su generosidad en el reconocimiento de de-

⁶⁶ Uriarte Torrealday, R., *op. cit.*, p. 195. En idéntico sentido, refiriéndose a la previsión constitucional de facilitar el acceso de las personas trabajadoras a los medios de producción, González Ortega, S., *op. cit.*, p. 112.

rechos participativos: ignora la participación en la propiedad, y sólo menciona la participación en resultados, sin garantizarla (art. 26.3 ET).

En definitiva, el ET se circunscribe a dinámicas de información y consulta que, por lo demás, más allá de lo pormenorizado del art. 64, tampoco han conocido una aplicación notable en la realidad⁶⁷.

Descendiendo al ámbito infralegal, los convenios colectivos, decisiones unilaterales, y contratos individuales, no han supuesto un cambio de tendencia, con respecto a la dinámica normativa pública.

La regulación convencional, con amplio potencial jurídico, ha conocido un desarrollo muy escaso.

Como muestra, un repaso a los últimos convenios colectivos sectoriales publicados (junio de 2017), autonómicos y provinciales, ofrece, en general, salvo omisión, el siguiente resultado:

- Inexistencia de cláusula alguna de participación en la propiedad la empresa.
- En materia de participación en la dirección de la empresa, reflejo del régimen legal del Estatuto de los Trabajadores, y mayor sensibilidad hacia la participación en materia de prevención de riesgos laborales, al igual que ocurre en el nivel legislativo, si comparamos el genérico ET con la LPRL⁶⁸.
- En materia de participación en resultados, sí encontramos algunos convenios que reconocen complementos salariales en concepto de participación en beneficios⁶⁹.

⁶⁷ Más allá del ET, encontramos una severa crítica a la legislación de sociedades anónimas en Uriarte Torrealday, R., *op. cit.*, p. 196: «persiste la necesidad de una reforma en profundidad del régimen jurídico de las sociedades anónimas, para adaptarlo a las exigencias constitucionales en la materia, ya que la actual legislación de estas no resulta congruente con la ponderación constitucional de los derechos que convergen en la empresa, ya que conlleva un evidente desequilibrio entre la consideración de los intereses de los trabajadores y los de los accionistas».

⁶⁸ Recogiendo la participación de las personas trabajadoras en materia de medición de productividad, Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para 2017 (BOE 7-6-2017); Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE 1-6-2017).

⁶⁹ Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE 1-6-2017);

En definitiva, como se ha subrayado con acierto, «la aceptación de los valores de la empresa sólo es posible en un marco en el que la participación de los trabajadores se encuentre a un nivel lo suficiente alto y determinante como para convertirlos en corresponsables de la obtención de tales objetivos. Algo que, todavía hoy, no encuentra plasmación ni en la norma ni en la realidad española»⁷⁰. Así de claro⁷¹.

Si observamos la cuestión con perspectiva, no debería sorprender el pobre balance que se acaba de comentar.

El legislador constituyente no actuó de manera decidida en favor de la participación en la empresa, en ninguna de sus tres variantes. El legislador ordinario siguió la misma estela.

Cuando llegamos al terreno de la autonomía de la voluntad privada, tanto colectiva como individual, se observa «resistencia empresarial»⁷² con respecto a la participación. Y en la parte trabajadora, sobre todo desde los sujetos sindicales, también hay muchas dudas con respecto a la participación, porque supone entrar en el terreno de la colaboración, que puede anestesiar la acción colectiva de las personas trabajadoras.

Por lo tanto, si combinamos las dudas y reticencias de legislador, empresas, y personas trabajadoras, no debe sorprender que el resultado sea ciertamente escaso.

En cuanto a las perspectivas del desarrollo futuro de la participación en la empresa, cada vez se insiste más en las bondades de la misma, en distintas áreas de influencia.

Convenio Colectivo del Sector Agropecuario de Navarra (Boletín Oficial de Navarra, 14-6-2017); Convenio colectivo de trabajo de ámbito provincial para las Industrias de Panadería de Soria 2015-2019 (Boletín Oficial Provincia de Soria 21-6-2017); convenio colectivo para las actividades de captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de aguas para la provincia de Zamora para los años 2017, 2018, 2019 y 2020 2019 (Boletín Oficial de la Provincia de Zamora, 19-6-2017); Convenio colectivo provincial de trabajo aplicable al sector de fabricación y venta de confitería, pastelería, bollería y repostería para la provincia de Zamora para los años 2017, 2018, y 2019 (Boletín Oficial de la Provincia de Zamora, 19-6-2017).

⁷⁰ González Ortega, S., *op. cit.*, p. 130.

⁷¹ Alguna investigación empírica documentada nos lleva a la misma conclusión. Así, entre las prácticas de participación menos utilizadas en las empresas, aparecen la «democracia en la empresa», y la «participación en la propiedad», Aragón Sánchez, A. (1998), *La participación de los empleados en la empresa*, CES, p. 284.

⁷² Rojo Torrecilla, E., *op. cit.*, p. 1496.

Para las empresas, se destaca que la participación mejora la productividad, la competitividad, y ayuda a retener el talento en la empresa⁷³. Además, se le atribuye el efecto de reducir la conflictividad y el absentismo⁷⁴.

Para las personas trabajadoras, se destaca que la participación mejora su satisfacción en el entorno laboral, lo que redonda en su bienestar, y en su productividad.

Incluso para el territorio, el modelo participativo favorece la cohesión territorial y la fortaleza del tejido empresarial, actuando como antídoto frente al riesgo de deslocalización.

La Unión Europea, además de la acción normativa que hemos visto *supra* (apdo. 5.3.1), investiga sobre los efectos de la participación desde organismos como Eurofound (Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo).

Desde otro prisma, modelos de excelencia y calidad como EFQM insisten en las bondades de la participación.

Sin embargo, mientras persistan las reticencias y resistencias por parte de los protagonistas de la cuestión, empresarios y personas trabajadoras, no es previsible que se vaya a avanzar notablemente.

VII. CONCLUSIONES

Es evidente la complejidad intrínseca que reviste el tema de la participación de las personas trabajadoras en la empresa.

En un modelo de propiedad privada (art. 33 CE), que invita a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE), plantear que las personas trabajadoras participen en la propiedad de la empresa que en principio les es ajena, o en su dirección, o en la apropiación de parte de sus resultados, resulta complicado.

El primer capitalismo industrial ni siquiera se lo planteó, y, como hemos visto más arriba, las relaciones obrero-patronales se asemejaban a las que se desarrollan entre el monarca absoluto y el súbdito.

⁷³ En ese sentido, Nieto Rojas, P., *op. cit.*, p. 161. En esa línea, basándose en su investigación empírica, Aragón Sánchez, A., *op. cit.*, p. 288.

⁷⁴ Aragón Sánchez, A., *op. cit.*, p. 288.

La participación de trabajadoras y trabajadores cobra sentido en la lógica del Estado Social que sigue a la Segunda Guerra Mundial. Estado Social intervencionista, que aboga por la igualdad material entre las personas y, por consiguiente, reconocimiento de derechos a la parte débil, trabajadora, de las relaciones laborales.

Pero, una cosa es reconocer derechos mínimos a las personas trabajadoras (seguridad y salud, salario mínimo, descanso mínimo, etc.), y otra cosa es poner el dedo en la llaga de las relaciones laborales en la empresa.

En un sistema de propiedad privada, la empresa es de su propietario. Que el sujeto empresario comparta la propiedad de su empresa, que permita a las personas trabajadores tomar parte en las decisiones sobre el rumbo de la empresa, y que comparta los beneficios de la actividad empresarial, parece complicado.

El caso de la cogestión alemana es peculiar, y se explica por las circunstancias excepcionales de destrucción generalizada de la economía alemana, que llevaron a una intervención legislativa de emergencia.

El tema es vidrioso, y se combina la timidez legislativa, con reticencias empresariales, y dudas de las personas trabajadoras.

La participación, en cualquiera de sus tres variantes, funcionará cuando la empresa entienda que le resulta beneficiosa, y la parte trabajadora esté motivada para acceder al terreno participativo.

Las resistencias inherentes a la participación, en la empresa capitalista clásica, se desvanecen, de inmediato, cuando nos encontramos ante un modelo de empresa basado en la propiedad por parte de las personas trabajadoras de la misma.

El modelo puro es el de las cooperativas de trabajo asociado, donde a las personas socias-trabajadoras les pertenece la propiedad de la empresa, y, consecuentemente, la dirección de la misma, en base al principio democrático de una persona, un voto. Como no podía ser de otra manera, los resultados de la empresa cooperativa se atribuyen a los propios socios-trabajadores cooperativistas, como retorno cooperativo, o, en el peor de los casos, en forma de imputación de pérdidas.

En el modelo de sociedad laboral la triple participación puede ser relativa. Necesariamente, la mayoría del capital debe pertenecer a las personas trabajadoras. A partir de ahí, parte del capital puede ser ajeno al personal laboral de la empresa, y las cantidades que aportan las trabajadoras y trabajadores también pueden ser distintas. La cuestión es relevante, porque

tanto la participación en la dirección como en los resultados se definirá en función del capital que aporte cada persona.

En definitiva, en las cooperativas de trabajo asociado y, en su caso, en las sociedades laborales, se produce la triple participación de manera natural, inherente al modelo empresarial. Las personas trabajadoras tienen la llave de la empresa, la propiedad, y partiendo de ahí les corresponde la dirección de la misma y la apropiación de sus frutos.

Desde una atalaya privilegiada, se ha sostenido que «se podrá argumentar que al ser un grupo cooperativo sus estrategias y modelos de relaciones laborales no son trasladables a empresas mercantiles. Sin embargo los aspectos básicos que se están aplicando con éxito durante más de treinta años son perfectamente aplicables al resto de las empresas, en la medida que se acepten nuevos modelos de relaciones laborales adaptados a los nuevos entornos económicos y sociales, en un mercado globalizado y que deben ir en beneficio de empresarios y trabajadores»⁷⁵.

Es cierto que, jurídicamente, nada impide que una empresa capitalista al uso funcione de manera cooperativa. Depende de la voluntad. Pero la arquitectura jurídica de la empresa está sustentada en el capital, por eso se llaman empresas de capital. Mientras tanto, la cooperativa tiene carácter personalista, y, la triple participación es innata a ella; si algún aspecto participativo no funciona, será una patología de la empresa cooperativa.

En las empresas capitalistas, la participación de las personas trabajadoras se mueve cuesta arriba. En la cooperativa, cuesta abajo.

Bibliografía

- ARAGÓN SÁNCHEZ, A. (1998). *La participación de los empleados en la empresa*, CES.
- BAYLOS GRAU, A. (1992). «Control obrero, democracia industrial y participación», en, AA.VV., BAYLOS GRAU, A. / APARICIO TOVAR, J. (dirs.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta.
- BAYÓN CHACÓN, G. (1967). «Introducción al problema de la participación de los trabajadores en la empresa», en, AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, Universidad de Madrid.

⁷⁵ Palabras de quien fuera presidente de Mondragón Corporación Cooperativa (MCC), Mongelos Oquiñena, J. (2012), «La comunicación, la participación y la formación de los trabajadores, núcleo duro de la competitividad y el empleo en la empresa», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 96, pp. 95-96.

- BENGOETXEA ALKORTA, A. (2016). «Modelos de participación de los trabajadores en la empresa», en, FAJARDO GARCÍA, G. (coord.), AA.VV., *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, Tirant lo Blanch.
- CASTRO ARGÜELLES, M^a. A. (2014). «Participación de los trabajadores en la empresa», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 108.
- DURÁN LÓPEZ, F./ SAEZ LARA, C. (1997). *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Civitas.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, B. (2006). *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch.
- GALIANA MORENO, J. M./ GARCÍA ROMERO, B. (2003). «La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 43.
- GARCÍA ARCE, M^a. C. (2004). «Colectivo e individual en las nuevas formas de participación en relación con la acción social de la empresa», en, LANDA ZAPIRAIN, J. P. (coord.), AA.VV., *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*, Bomarzo.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2005). «La participación de los trabajadores en la empresa como expresión de la democracia social», *Cuadernos de Derecho Público*, 25.
- LANDA ZAPIRAIN, J. P. (2017). «Agotamiento del modelo español de doble canal de representación para una eficiente gestión del cambio en la empresa: la co-determinación como posible solución», *Documentación Laboral*, 109, vol. I.
- (2007). «Las nuevas formas de participación en la empresa», en, AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- (2004). «La participación financiera de los trabajadores y los problemas de la “gobernanza corporativa”: ¿una probable nueva dimensión de la responsabilidad social de la empresa articulable entre la corresponsabilidad y la capacidad de codeterminación del factor trabajo?», en, LANDA ZAPIRAIN, J. P. (coord.), AA.VV., *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*, Bomarzo.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C. (2007). «Nuevas formas de participación retributiva en la empresa», en, AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- MERCADER UGUINA, J. (2005). «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución europea como telón de fondo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 57.
- MONGELOS OQUINENA, J. (2012). «La comunicación, la participación y la formación de los trabajadores, núcleo duro de la competitividad y el empleo en la empresa», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 96.
- MUÑOZ GARCÍA, M. (2007). «La polivalencia conceptual del término participación», en, AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- NAVARRO NIETO, F. (2015). *Los Derechos de Participación de los Trabajadores en el Nuevo Escenario del Derecho del Trabajo en España*, Tirant lo Blanch.
- NIETO ROJAS, P. (2011). *La participación financiera de los trabajadores en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2011.

- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (2007). «La participación de los trabajadores en la empresa», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 133.
- PONS CARMENA, M. (2016). *La participación de los trabajadores en la empresa en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch.
- QUIRÓS HIDALGO, J. G. (2007). «El régimen jurídico de las stock options: ¿participación de los trabajadores en la empresa o modalidad retributiva?», en, AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- RIVERO LAMAS, J. (1997). «Participación de los trabajadores en la empresa», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 84.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2007). «La participación en la gestión empresarial a través de la contratación colectiva: la ampliación de las funciones negociales», en, AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- ROMERO BURILLO, A. M. (2007). «Negociación colectiva y sistemas retributivos de participación de los trabajadores en la empresa», en, AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- ROJO TORRECILLA, E. (2003). «Comentario al art. 129.2 CE y su desarrollo», en, AA.VV., *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- URIARTE TORREALDAY, R. (2005). *El art. 129.2 de la Constitución*, Comares.
- VALDÉS ALONSO, A. (2011). «La participación de los trabajadores en la empresa: una aproximación histórica», *Documentación Laboral*, 91.
- VALDÉS DAL-RE, F. (2013). «La participación de los trabajadores en la empresa: el marco constitucional», *Relaciones Laborales*, 11.

Incentivos fiscales a la participación de los trabajadores en la empresa en la legislación española¹

MARTA MONTERO SIMÓ

*Profesora titular de Área. Derecho Financiero y Tributario
Universidad Loyola Andalucía*

SUMARIO: I. EL FOMENTO DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA. II. EL «EMPLOYEE STOCK OWNERSHIP PLAN» (ESOP) EN ESTADOS UNIDOS. III. LAS SOCIEDADES PARTICIPADAS. IV. INCENTIVOS FISCALES A LAS EMPRESAS DE TRABAJO ASOCIADO: COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y SOCIEDADES LABORALES. V. MODALIDADES DE FINANCIACIÓN PARA LA PARTICIPACIÓN FINANCIERA DE LOS TRABAJADORES EN EL CAPITAL. VI. INCENTIVOS FISCALES A LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES O PARTICIPACIONES EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS DEL TRABAJADOR. 1. Retribución en especie mediante entrega de participaciones o acciones de la sociedad. 2. Entrega de acciones como premios de permanencia u otras rentas irregulares. 3. Las opciones de compra sobre acciones. 4. Los incentivos fiscales en la legislación foral vasca. VII. BENEFICIOS FISCALES EN EL IMPUESTO SOBRE PATRIMONIO Y EN IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES. VIII. CONCLUSIONES. Bibliografía.

I. EL FOMENTO DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

¿Constituyen la participación de los trabajadores en la empresa y las entidades de trabajo asociado, dos caras de la misma moneda? ¿se trata de dos realidades distintas con una amplia intersección? ¿A qué realidad responden los incentivos fiscales vigente en la normativa española?

Cuando hablamos de la participación de trabajadores, nos referimos a la participación financiera de los trabajadores en el accionariado de la

¹ Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Economía Social, Auto-gestión y Empleo» (DER2016-78732-R) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

sociedad, mediante la adquisición de acciones o participaciones de una entidad que, normalmente, primero los contrató y con posterioridad, en el marco de políticas retributivas, unidas en muchos casos a la voluntad de crear canales de participación, fomentó la adquisición. También nos referimos a supuestos en los que la adquisición de participaciones de los trabajadores, se presenta como la solución a la destrucción del empleo.

Frente a este modelo que se justifica por distintos motivos, como vincular la retribución parcialmente a los resultados, que los trabajadores se involucren más en la marcha de las empresas o que asuman la empresa en crisis, encontramos un modelo distinto: las denominadas empresas de trabajo asociado, en España, las cooperativas de trabajo asociado. En ambos casos, los trabajadores participan en el capital social, sin embargo, los principios que inspiran la configuración de uno y otro son distintos.

La configuración legal de estas sociedades se asienta sobre determinados principios, entre los que se encuentra la prevalencia del trabajo sobre el capital. En este caso, el origen se encuentra en el asociacionismo como fórmula para desarrollar un trabajo; la sociedad que se crea se estructura en torno al trabajo y a su retribución, pasando a un segundo plano el capital y la distribución del beneficio. El beneficio que el socio trabajador obtiene de la sociedad viene determinado por el valor del trabajo que desarrolla.

En el supuesto de participación de los trabajadores en sociedades de capital, el trabajador tiene un doble interés: por una parte, luchar por sus intereses como trabajador y por otra, obtener dividendos como accionista. Esta situación de dualidad de intereses se maximiza en los supuestos de participación minoritaria en grandes empresas. En estos casos, en la medida en que no participa en modo alguno, en la gestión, ni en la toma de decisiones, no percibe tan claramente la conexión entre su realidad laboral y su condición de accionista. Es cierto que está vinculado el número de acciones que se posee, al tipo de trabajo que se desarrolla, ya que la entrega formó parte de la retribución, pero una vez que se adquieren las acciones, a diferencia de lo que ocurre en las cooperativas de trabajo asociado, no es el trabajo el que determina la participación en los beneficios de la sociedad, sino el porcentaje de participación en el capital.

La Constitución española de 1978 se hizo eco de ambos modelos. En su artículo 129.2 consagra, por una parte, un mandato a los poderes públicos de fomento a las cooperativas y por otra, el necesario establecimiento de los medios para facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad. Según la Constitución:

«Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción»².

Se reconoce a las cooperativas, entre las que se encuentran las cooperativas de trabajo asociado, como modelo de democracia empresarial. Corresponde a la esencia del Estado Democrático, la democracia social, siendo dos manifestaciones inexcusables de ésta: a) «la Democracia Económica», es decir, la participación de los distintos intereses sociales en aquellas decisiones básicas que afectan a los intereses de toda la colectividad, y que en consecuencia, son adoptadas con un neto carácter público y, b) «la» Democracia empresarial «o implantada en el seno de la empresa que puede ir desde la mera existencia de comités de control llamados a tutelar las condiciones laborales, pasando por la cogestión en sus formas y grados más diversos, hasta llegar a la propiedad de los trabajadores de los medios de producción, esto es, a la solución cooperativa o autogestionada como fórmula específicamente democrática de ordenación empresarial» (Garrorena Morales, 1984),

² Este artículo experimentó alguna modificación en la tramitación del Proyecto de la Constitución publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 5 de enero de 1978. Inicialmente su contenido se hallaba en el artículo 119 el cual aparecía redactado en los siguientes términos: «1. La Ley establecerá la forma de participación de los interesados en la actividad de todos los organismos públicos cuya función afecte a la calidad de la vida o al bienestar social. 2. Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y facilitarán un marco normativo adecuado para las empresas cooperativas».

Tras las modificaciones introducidas en el Congreso la regulación relativa a las cooperativas pasa al artículo 123.2 al que se le da la siguiente redacción: «Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y facilitarán un marco legislativo adecuado para las empresas cooperativas. También establecerá los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción».

Se presentaron en el Senado enmiendas que proponen la modificación del artículo 123 (enmiendas nº 77, 235, 349, 367, 918 y 919). Las enmiendas nº 367 (Grupo Popular) y nº 918 (Unión de Centro Democrático) proponían que se introdujera el mandato de fomento a los poderes públicos. En el texto en el que se proponen modificaciones por el pleno del Senado al Proyecto de Constitución aprobado por el Congreso (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 13 de octubre de 1978) aparece ya la redacción definitiva del artículo 129.2.

A nivel europeo, también encontramos la protección de modelos. Por una parte, se fomenta la participación financiera de los trabajadores en la empresa y por otra el cooperativismo. En la Cumbre de Lisboa, la Unión Europea se fijó el objetivo de convertirse en «la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social». La Comisión considera que «la participación social de los trabajadores puede contribuir en gran medida a lograr este objetivo. Si se utiliza correctamente, no sólo puede favorecer la productividad, competitividad y rentabilidad de las empresas sino además fomentar el compromiso de los trabajadores, mejorar la calidad del trabajo y contribuir a una mayor cohesión social»³.

Los principios generales enunciados en la Comunicación de la Comisión, relativa al establecimiento de un marco para la participación financiera de los trabajadores:

- Participación voluntaria.
- Extensión de las ventajas de la participación financiera a todos los trabajadores.
- Claridad y transparencia.
- Fórmulas predefinidas: Las normas sobre participación financiera en las empresas deberían basarse en fórmulas predefinidas claramente vinculadas a los resultados de las empresas. Es un factor fundamental para garantizar la transparencia de estos planes.
- Regularidad: Los planes están destinados a promover y recompensar el compromiso a largo plazo y la lealtad del personal.
- Evitar los riesgos irrazonables para los trabajadores.
- Distinción por un lado, entre salarios y sueldos, y por otro, los ingresos derivados de los planes de participación financiera.
- Compatibilidad con la movilidad de los trabajadores: Los planes de participación financiera deben ser compatibles con la movilidad de los trabajadores, tanto entre países como entre empresas.

³ Comunicación de la Comisión, de 5 de julio de 2002, relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Ac10138>).

Respecto a los incentivos fiscales a la participación de los trabajadores, el Comité Económico y Social Europeo en el Dictamen sobre la «Participación financiera de los trabajadores en Europa», de 21 de octubre de 2010, afirma que «está comprobado⁴ que los incentivos fiscales no son un requisito indispensable para la participación de los trabajadores, aunque son un instrumento eficaz para fomentar su difusión en los países que los ofrecen. Aunque son los instrumentos de promoción más extendidos, un modelo europeo que exigiese obligatoriamente incentivos fiscales excedería las competencias de la UE y entraría en conflicto con las competencias legislativas nacionales». A lo que añade la realidad de los problemas fiscales transfronterizos existentes debido a que las fórmulas de participación financiera siguen estando limitadas al ámbito nacional. En opinión del Comité, un modelo opcional, sencillo y homogéneo de incentivos, con las mismas medidas e incentivos fiscales en toda la UE, podría aumentar de manera importante el número de casos donde existe voluntad de introducir la participación financiera de los trabajadores, ya que esto facilitaría la estructuración de las ofertas disponibles en los grupos de empresas.

Por otra parte, la Unión Europea también defiende el fomento de las sociedades cooperativas. Considera no sólo a las cooperativas de trabajo asociado, sino a todo tipo de cooperativas, como forma jurídica que presenta una singularidad, en base a unos principios específicos⁵. En opinión de la Comisión, la cooperativa gestiona en interés de sus socios (que son al mismo tiempo usuarios) y no en el de inversores externos. Los beneficios se distribuyen a los socios en proporción a sus operaciones con la cooperativa, y las reservas y los activos de las mismas son comunes, no distribuibles y se dedican al interés común de sus socios. Dado que, en principio, los lazos personales entre los socios son fuertes e importantes, es necesario aprobar la entrada de nuevos socios, y los derechos de voto no son necesariamente proporcionales a la participación que se posee en la empresa («una perso-

⁴ Véase Informe PEPPER IV, Parte. I, Capítulo IV, pp. 56-58.

⁵ La figura de la sociedad cooperativa europea ha sido regulada en el Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE) y Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, DO L 207 de 18.8.2003.

na, un voto»). La renuncia de un socio le da derecho a un reembolso de participaciones e implica una reducción del capital⁶.

II. EL «EMPLOYEE STOCK OWNERSHIP PLAN» (ESOP) EN ESTADOS UNIDOS

El «Employee Stock Ownership Plan» (en adelante ESOP) es una figura jurídico-financiera de participación indirecta en el capital de la empresa muy extendida en Estados Unidos y en otros países anglosajones. Constituye un plan de compra de acciones para los empleados que funciona como un plan de ahorro con grandes ventajas fiscales para la empresa y los trabajadores.

El fenómeno ESOP, que surge hace años, «podría englobarse como un procedimiento financiero, promovido por el Estado mediante incentivos fiscales, de acceso de los trabajadores a la propiedad capitalista de su empresa. Aunque las perspectivas políticas desde las que se contemplan son diferentes —los republicanos como un medio de formación de capital y los Demócratas como una forma de redistribución de la riqueza— el fomento y desarrollo de esta fórmula se encuentra consensuado» (Morales Gutiérrez, 1993).

Existen distintos tipos, aquellos en los que la empresa aporta las acciones o dinero para adquirirlas y las apalanca que son aquellos que se endeudan para adquirir las acciones.

En los denominadas ESOPs apalancados, se crea una estructura financiera consistente en que una entidad financiera presta dinero al ESOP, ésta a su vez presta dinero a una sociedad que le confía por el importe correspondiente, una cifra equivalente de acciones para los trabajadores de la sociedad, adscritos al ESOP, encargándose de administrarlas en nombre de éstos y sirviéndole de garantía para el préstamo. La sociedad distribuye dividendos y parte de estos, corresponden a miembros del ESOP que los utiliza para amortizar el préstamo. A medida que el préstamo se reintegra se va realizando la asignación correspondiente a cada trabajador que se convierte al final del proceso en propietario de las acciones.

⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre fomento de las cooperativas en Europa /* COM/2004/0018 final.

Al final de su vida laboral el trabajador puede optar por vender sus acciones a la ESOP —de ahí que sea considerado un plan de jubilación— entrando otro trabajador en el proceso.

Existen una serie de incentivos fiscales en todas estas operaciones, incentivos para el banco que presta el dinero y para la sociedad. La sociedad podrá deducir en su impuesto sobre sociedades el valor de las acciones aportadas, en su caso, a la ESOP, también podrá deducir el dinero que aporte a la ESOP para que ésta adquiera las acciones o las aportaciones de dinero para que amortice el préstamo solicitado para la compra acciones. Otro incentivo fiscal importante, en este caso para el transmitente de las acciones de una C corporation, es el diferimiento en la tributación de la plusvalía que se ponga de manifiesto con ocasión de la venta, ello siempre que la ESOP posea como mínimo un 30% del capital de la sociedad y el transmitente reinvierta el precio de la venta en otros valores.

Este tipo de entidades ha tenido amplio recorrido en EEUU. Según ASLE (2013) esta figura ha conseguido numerosos siguientes logros: Facilita a la empresa una fórmula alternativa de renovación generacional y, consiguiente sucesión empresarial, que garantiza la pervivencia de la propia entidad mercantil; motiva e implica a los trabajadores en los resultados productivos y económicos de la propia sociedad en la que prestan servicios como trabajadores por cuenta ajena, mediante su participación en el capital social de la misma y en los derechos económicos que dicha participación les brinda; fideliza laboralmente a los trabajadores que participan; favorece la localización de la actividad empresarial, puesto que la titularidad de los trabajadores de la empresa sobre una parte importante del capital de la misma, determina la permanencia de la sociedad en la zona concreta en la que se ubica y fomenta el desarrollo de una mentalidad y cultura empresarial en el tejido económico del lugar en el que se implanta.

Para el Comité Económico y Social Europeo, «una de las principales características del modelo ESOP es que está especialmente adaptado a las necesidades de las empresas que no cotizan en bolsa. Anima a los propietarios a traspasar su empresa a los trabajadores y no a terceras personas, y prevé la adquisición gradual de la totalidad de la propiedad por parte del personal. Esto hace posible que, los propietarios dispuestos a vender puedan ceder su parte sin obligar al resto de los propietarios a hacer lo mismo. Los trabajadores no tienen que aportar capital propio, ya que la adquisición de la empresa por parte de sus empleados se financia con una

participación en los beneficios añadida a sus salarios. Por esta razón, este sistema no supone para los trabajadores ningún riesgo adicional. Si el fin es adquirir un paquete de acciones mayor a corto plazo, se procede a una financiación mediante crédito bancario con un plazo medio de siete años, que se recupera a partir de los beneficios de la empresa»⁷.

Tal y como reflejaba (Morales Gutiérrez, 1993) la evolución de la fórmula ESOP en los años noventa había originado dos tipologías:

- a) La fórmula de ESOP clásica: los trabajadores acceden a la propiedad convirtiéndose en accionistas que no acceden a la gestión real de la empresa. El ESOP cumple el objetivo que se planteó en sus inicios: constituir un plan de pensiones.
- b) El ESOP democrático constituido bajo principios que pueden denominarse cooperativos de economía social. Siendo la relación del trabajador con la empresa similar a la de la cooperativa de trabajo asociado española.

El Foro Pasuen en 2011 propuso la creación en España de una nueva figura jurídica: la sociedad civil participada. En muchas situaciones de relevo generacional la participación de los trabajadores en el capital no se va a producir desde el primer momento al 100%, sino que como en numerosos ESOP, la transmisión del empresario a los trabajadores se hace de forma progresiva en el tiempo; por lo que las fórmulas tradicionales de las sociedades laborales o incluso las cooperativas consideran que no dan respuesta.

Esta figura se basa en la constitución de una Sociedad integrada por los trabajadores de la empresa, que se va a entroncar en la empresa mercantil en la que estas personas prestan sus servicios, mediante su participación en el capital social. Los trabajadores mantienen una relación laboral con la Sociedad Anónima (en la que se quiere producir el relevo), y a su vez son socios de la Sociedad Civil. Es la Sociedad Civil, quien participa en el capital social de la anónima. La Sociedad Civil Participada, aprovechando la flexibilidad estatutaria que permite su regulación normativa, permite adaptar a su funcionamiento algunos de los aspectos más destacables de las ESOP: Puede regular a través de los Estatutos Sociales, todos los aspectos

⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Participación financiera de los trabajadores en Europa» (Dictamen de iniciativa), de 21 de octubre de 2010.

relativos a la entrada y salida de socios y distribución de beneficios; separar las vicisitudes societarias del desarrollo productivo laboral de la empresa, en tanto los trabajadores son socios de una sociedad tenedora de acciones y prestan servicios en otra sociedad distinta, que es la productiva. La sociedad civil participada, al igual que la ESOP, deberá disponer de una reserva que le permita planificar y desembolsar el precio de las aportaciones en el caso de salida de los socios.

Desde el punto de vista de la tributación de la sociedad civil participada propuesta, al no realizar actividades económicas y limitarse a la tenencia de acciones, dicha sociedad no tributaría en el impuesto sobre sociedades, tributando sus rendimientos en el impuesto sobre la renta de los socios, mediante el régimen de atribución de rentas. Los dividendos que obtenga la sociedad civil se calificarán como rendimientos de capital mobiliario en el impuesto sobre la renta de los socios, tributando éstos como si los trabajadores los hubieran obtenido directamente de la sociedad anónima. Los trabajadores disfrutarían de los incentivos fiscales previstos por la adquisición de acciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que veremos posteriormente.

III. LAS SOCIEDADES PARTICIPADAS

Una solución distinta a la que se plantea en el epígrafe anterior ha sido la prevista en la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, en la que se regula una nueva categoría social: las sociedades participadas por los trabajadores. La ley las define como aquellas sociedades anónimas o limitadas que no pueden ser calificadas como laborales, porque no cumplen los requisitos que para ello establece la ley, pero que promueven el acceso a la condición de socios de los trabajadores y su participación en la empresa. Estas sociedades deben cumplir una serie de requisitos, que la ley presenta con un grado considerable de indeterminación y que son los siguientes: a) que tengan trabajadores que participen en el capital y en los resultados de la sociedad; b) que cuenten con una estrategia que fomente la incorporación de los trabajadores a la condición de socios; y c) que promuevan los principios de acceso de los trabajadores al capital y a los resultados, de fomento de su participación en las decisiones societarias y de promoción de la solidaridad interna. Las sociedades que cumplan los requisitos apuntados podrán ser reconocidas como sociedades participadas por los trabajadores por el procedimien-

to que regule reglamentariamente el Ministerio de Empleo y Seguridad Social⁸.

No se trata de un nuevo tipo societario con una regulación específica, sino más bien de un elemento de política social, que busca promover la participación de los trabajadores en las empresas y la obtención de algún tipo de reconocimiento legal para aquellas sociedades que cumplan los principios de economía social que marca la ley en cuanto a la relación entre el capital y los trabajadores (Diez Acimas, 2016). Por otra parte, su reconocimiento legal no tiene ningún efecto jurídico, ni se le reconocen beneficios fiscales específicos.

Como ya veremos en epígrafes posteriores, la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al regular los incentivos fiscales a la entrega de participaciones de la empresa a los trabajadores, establece una serie de requisitos a cumplir por la sociedad, que son los que a efectos prácticos están definiendo, lo que considera la norma fiscal una «sociedad participada», cualificada a efectos de la aplicación de la exención del artículo 42.3f) de la mencionada ley.

⁸ Artículo 19 de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas.

1. Tendrán la consideración de sociedades participadas por los trabajadores las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no alcancen los requisitos establecidos en el capítulo I, pero promuevan el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos, en particular a través de la representación legal de los trabajadores, y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que cuenten con trabajadores que posean participación en el capital y/o en los resultados de la sociedad.
- b) Que cuenten con trabajadores que posean participación en los derechos de voto y/o en la toma de decisiones de la sociedad.
- c) Que adopten una estrategia que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios.
- d) Que promuevan los principios recogidos en el artículo anterior.

2. Su actuación deberá ser diligente, leal, responsable y transparente, y deberán favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

3. Asimismo, adoptarán políticas o estrategias de responsabilidad social, fomentando las prácticas de buen gobierno, el comportamiento ético y la transparencia.

IV. INCENTIVOS FISCALES A LAS EMPRESAS DE TRABAJO ASOCIADO: COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y SOCIEDADES LABORALES

La pregunta que en 1997 se formulaba Morales Gutiérrez, tiene plena vigencia hoy. ¿Hasta qué punto la forma jurídica condiciona las prioridades capital-trabajo si en la realidad pueden hallarse tanto cooperativas capitalistas como sociedades anónimas cooperativas?

Es cierto que, en ocasiones, encontramos tipos sociales diseñados sobre el dominio del capital frente al trabajo que, debido a las características de sus socios y trabajadores, muchas veces coincidentes, operan como cooperativas, en función de unos principios y normas autoimpuestos. Pero también es cierto, que la forma jurídica es facilitadora y en algunos casos obliga a la participación, determina la distribución de los beneficios, limita las operaciones con no socios, obliga a la constitución de reservas irreparables, es decir, configura un modelo.

Si acudimos a la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de economía social, vemos como las cooperativas —entre las que se encuentran las cooperativas de trabajo asociado— y las sociedades laborales se consideran per se, entidades de economía social.

Las cooperativas cuentan con un sólido régimen fiscal especial en el impuesto sobre sociedades, en virtud del que pueden disfrutar en el supuesto de ser calificadas como cooperativas especialmente protegidas, de los siguientes beneficios fiscales: Libertad de amortización para activos fijos nuevos, durante los primeros años, de un tipo reducido del 20% para resultados extracooperativos y una bonificación en la cuota íntegra total del 50%. A ello se suman beneficios fiscales en impuestos locales y algunas peculiaridades en la tributación personal de los socios. Realmente el artículo 30 de la Ley 20/1990 de régimen fiscal de las cooperativas, en relación con el IRPF de los socios, no van más allá de considerar el retorno cooperativo como rendimiento de capital mobiliario y la imputación de pérdidas a los socios como un mayor valor de adquisición de su participación, reducción la futura ganancia de patrimonio que se pudiera generar en el supuesto de baja del socio.

Por otra parte, las sociedades laborales tan sólo cuentan con dos beneficios fiscales; uno de ellos relativo al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se trata de una bonificación del 99 por 100 de las cuotas que se devenguen por modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, por la adquisición, por cualquier medio admitido

en Derecho, de bienes y derechos provenientes de la empresa de la que proceda la mayoría de los socios trabajadores de la sociedad laboral (artículo 17 de la Ley 44/2015, del 14 de octubre, de sociedades laborales) y el otro, afecta al Impuesto sobre Sociedades. Se podrán amortizar libremente, según el artículo 12.3 a) de la ley 27/2014, del impuesto sobre sociedades, los elementos del inmovilizado material, intangible e inversiones inmobiliarias de las sociedades anónimas laborales y de las sociedades limitadas laborales afectos a la realización de sus actividades, adquiridos durante los cinco primeros años a partir de la fecha de su calificación como tales.

Sin lugar a dudas, los requisitos exigidos a las cooperativas para la aplicación de los beneficios fiscales son mucho mayores que los exigidos a las sociedades laborales. De Luis Esteban (2008), señaló que, cuando se elaboró el denominado libro blanco de la Economía Social en España, se aconsejaba comenzar a desarrollar un proceso de convergencia en una sola forma jurídica que no llegó a concretarse. Estamos de acuerdo con este autor, cuando indica la necesaria comparabilidad entre las cooperativas de trabajo asociado y las sociedades laborales para hablar de sus incentivos fiscales. Refiriéndose a la propuesta de modificación del régimen fiscal de las sociedades laborales afirma que, «difícilmente el legislador resistiría la tentación de compararla con la situación existente desde hace años para las cooperativas de trabajo asociado».

V. MODALIDADES DE FINANCIACIÓN PARA LA PARTICIPACIÓN FINANCIERA DE LOS TRABAJADORES EN EL CAPITAL

Los informes Pepper (Pepper I y Pepper II) relativos al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa y la Recomendación 92/443/CEE del Consejo han agrupado los regímenes de participación financiera en dos grandes categorías⁹:

- La participación en los beneficios, que supone un reparto de los beneficios entre los proveedores de capital y de mano de obra, otorgando a los trabajadores, además de un salario fijo, una parte variable de ingresos relacionada directamente con los beneficios u otra medida de los resultados de la empresa.

⁹ Dicha referencia se realiza en la Comunicación de la Comisión, de 5 de julio de 2002, relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores.

- La participación en el accionariado, que supone una participación indirecta de los trabajadores en los resultados de la empresa, por la recepción de dividendos o una revalorización del capital del trabajador.

Respecto a la adquisición de las acciones o participaciones cuya forma condiciona su tributación, las modalidades más frecuentes de financiación se pueden clasificar en cuatro grupos (Foro Pasuen, 2010)¹⁰:

1º Aquellas en las que el trabajador busca su propia financiación:

a) Mediante ahorro personal; b) Capitalización de derechos salariales y de paro; c) Destinando una parte de sus ingresos anuales a la adquisición de sus participaciones; d) Mediante solicitud y disposición de un préstamo procedente de un banco; e) Microcrédito; f) Ayudas públicas.

La adquisición de acciones o participaciones mediante ahorro personal, no presenta peculiaridades importantes respecto a su fiscalidad. Sólo resulta de interés destacar que las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora, cuando se perciban en la modalidad de pago único y se destinen por el perceptor para incorporarse como socio a una cooperativa de trabajo asociado o a una sociedad laboral, estarán exentas en el IRPF (art. 7 n Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas). La exención esta condicionada al mantenimiento de la acción o participación durante el plazo de cinco años.

2º Aquellas en las que la empresa para la que trabaja coopera en la financiación de la adquisición:

a) Mediante el pago por parte de la empresa, con cargo a sus resultados de una remuneración especial que se destina a la adquisición; b) Como retribución en especie o premio extraordinario; c) Mediante opciones de compra sobre acciones («stock options»); d) Préstamos de la sociedad a largo plazo.

3º Formas de financiación en las que tanto la empresa para la que trabajan, como los socios anteriores cooperan en la financiación de la adquisición de las participaciones de los trabajadores.

- a. Reducción del patrimonio contable, convirtiendo una parte del mismo en préstamo a largo plazo o préstamo participativo que queda como deuda a favor de los socios anteriores y que se amortizará en el

¹⁰ pp. 16 y 17.

tiempo en la medida en que se genere tesorería (usualmente entre 5 y 8 años) para que se reduzca el importe que cuesta cada participación reduciendo el esfuerzo inversor.

- b. Mediante la aportación no dineraria de la actividad a otra sociedad a la que se incorporan los activos y actividades fundamentales, reteniéndose determinados activos, intangibles y atributos en la aportante, con el patrimonio mínimo indispensable para facilitar su adquisición por los trabajadores y que, muchas veces incluye un préstamo a largo plazo o préstamo participativo que queda como deuda a favor de la sociedad aportante y que se amortizará con el tiempo en la medida en que se genere tesorería.
- c. Mediante donaciones de participaciones por parte de los socios anteriores a los socios entrantes.
- d. Acuerdo con bancos y entidades financieras gestionados con la empresa para la financiación del trabajador.

Existen otras formas de financiación directamente relacionadas con la constitución de un vehículo societario que detente la titularidad de las participaciones.

Las distintas formas de financiación mencionadas generan operaciones gravadas en distintos impuestos, por lo que serán objeto de análisis en los siguientes epígrafes aquellas adquisiciones que presentan peculiaridades en cuanto a su tributación.

VI. INCENTIVOS FISCALES A LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES O PARTICIPACIONES EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS DEL TRABAJADOR

1. Retribución en especie mediante entrega de participaciones o acciones de la sociedad

Una de las formas de adquisición la constituye la entrega por parte de la propia de sociedad de las acciones o participaciones al trabajador como parte de su remuneración. En algunos casos se entrega de forma gratuita la acción mientras que, en otros, la adquiere el trabajador por un precio inferior al valor de mercado.

A efectos del IRPF del trabajador, en ambos casos, nos hallamos ante rendimientos del trabajo en especie¹¹. Dentro de los rendimientos del trabajo, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante LIRPF) prevé una exención para estas rentas. En concreto, considera exentas, las entregas a los trabajadores en activo, de forma gratuita o por un precio inferior al normal de mercado, de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades en la parte que no exceda, para el conjunto de las entregadas a cada trabajador, de 12.000 euros anuales, siempre que la oferta se realice en las mismas condiciones para todos los trabajadores de la empresa, grupo o subgrupos de empresa (art. 42 apartado 3 f) LIRPF).

La exención cuenta, por una parte, con un límite cuantitativo de 12.000 euros y por otra, con una serie de requisitos para su aplicación¹²:

1º Estarán exentos los rendimientos del trabajo en especie correspondientes a la entrega de acciones o participaciones, de una sociedad a sus trabajadores en activo.

2.º En el caso de los grupos de sociedades en los que concurran las circunstancias previstas en el artículo 42 del Código de Comercio¹³, pue-

¹¹ Según el artículo 17.1 de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se consideran rendimientos del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas. Por otra parte, el artículo 42.1 de dicha ley señala que constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por un precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda.

¹² Artículo 43 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

¹³ Artículo 42.1 párr. 2º del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio: «Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

de realizarse la entrega de acciones o participaciones de una sociedad del grupo a los trabajadores de las sociedades que formen parte del mismo subgrupo. Cuando se trate de acciones o participaciones de la sociedad dominante del grupo, se podrá realizar a los trabajadores de las sociedades del grupo.

3º La entrega puede efectuarse tanto por la propia sociedad a la que preste sus servicios el trabajador, como por otra sociedad perteneciente al grupo o por el ente público, sociedad estatal o administración pública titular de las acciones.

4º La oferta debe realizarse en las mismas condiciones para todos los trabajadores de la empresa y contribuir a la participación de estos en la empresa. En el caso de grupos o subgrupos de sociedades, el citado requisito deberá cumplirse en la sociedad a la que preste servicios el trabajador al que le entreguen las acciones¹⁴.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre, pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona».

¹⁴ En la Consulta vinculante V3291/2015 de la Dirección Tributos de 26 de octubre de 2015, se niega el derecho a aplicar la exención a un grupo de empresas que realizan un plan de entrega gratuita de acciones. Se establece que cada empresa que apruebe el plan lo aplicará a los trabajadores que hayan superado el periodo de prueba fijado en su contrato, tengan un contrato indefinido y tengan establecida una retribución variable. La DGT considera en primer lugar, que el cumplimiento del requisito relativo a que la entrega se realice en las mismas condiciones para todos los trabajadores debe entenderse referido a cada empresa individualmente considerada y en segundo lugar que, al exigirse los requisitos mencionados a los que se unen en dos sociedades, el requisito adicional de pertenecer a un determinado grupo profesional o bien en una de ellas, haber sido designado por el Consejo de Administración en el que caso de pertenecer a ese grupo, implica que ninguna de las empresas cumple con el requisito de que la oferta se realice en las mismas condiciones para todos sus trabajadores. Por estos motivos

No se entiende incumplido este requisito, cuando para recibir las acciones o participaciones se exija a los trabajadores una antigüedad mínima, que deberá ser la misma para todos ellos, o que sean contribuyentes del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

5º Cada uno de los trabajadores, conjuntamente con sus cónyuges o familiares hasta el segundo grado, no puede tener una participación, directa o indirecta, en la sociedad en la que prestan sus servicios o en cualquier otra del grupo, superior al 5 por ciento. Este requisito supone dejar fuera de la exención a las sociedades con menos de 20 trabajadores si no concurren en el capital socios no trabajadores.

6º La titularidad de las acciones o participaciones tiene que mantenerse, al menos, durante tres años.

En el supuesto en que el trabajador incumpla del plazo, tendrá la obligación de presentar una autoliquidación complementaria, y satisfacer los intereses de demora correspondientes. Dicha autoliquidación deberá presentarse en el plazo que medie entre la fecha en que se incumpla el requisito y la finalización del plazo reglamentario de declaración correspondiente al período impositivo en que se produzca dicho incumplimiento.

Para la determinación de la renta exenta, es necesaria la valoración de las acciones o participaciones recibidas por el trabajador. El valor de mercado de las acciones o participaciones es el valor de referencia, que va a determinar si el trabajador está recibiendo una retribución en especie. Al no poder superar la exención el importe de 12.000 euros, el exceso de renta recibida, tributará en la base imponible general del perceptor.

No existe en la LIRPF una norma de valoración específica para estos rendimientos del trabajo en especie, por lo que se valorarán a valor de mercado atendiendo a los establecido en el artículo 43 LIRPF. Cuando el trabajador transmita estas acciones se generará una ganancia o pérdida de patrimonio que vendrá determinada por el valor de adquisición y el valor de transmisión, calculados según lo previsto en el artículo 37 de la LIRPF. La aplicación del artículo 37, se justifica por la propia lógica del impuesto ya que, cuando el trabajador transmita esas participaciones o acciones, será el valor al que nos venimos refiriendo el que se considerará como valor de adquisición para determinar la posible ganancia o pérdida de patrimonio.

considera inaplicable la exención (Véase la consulta en <https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-vinculante-dgt-v3291-15-26-10-2015-1433355>).

Los criterios aplicables dependen de si se trata de valores admitidos a cotización en mercados organizados o no. En el supuesto en que se trate de valores cotizados, se considera valor de mercado, el de cotización a la fecha en que se produce la entrega o en el supuesto en que las partes hayan pactado un valor superior, éste último. Si se trata de valores no admitidos a negociación en mercados regulados, será el que las partes hayan convenido en condiciones normales de mercado —condiciones que no se dan en esta circunstancia— que no podrá ser inferior al mayor de los dos siguientes: Valor teórico resultante del balance correspondiente al último ejercicio cerrado antes de la fecha del devengo o el que resulte de capitalizar al tipo del 20% el promedio de los resultados de los tres últimos ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del impuesto¹⁵.

En opinión de algún autor, dado que la operación no es de mercado, no se debería hacer una referencia al valor de mercado sino a un precio equivalente al de mercado definido de una manera justificada o informada, pactado libremente entre las partes. (Foro Pasuen, 2010). En nuestra opinión, si bien es cierto que la valoración de acciones es compleja y que hay una serie de factores que pueden incidir, no previstos en la norma fiscal de valoración, no podemos olvidar que la norma de valoración mencionada prevista en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las personas Físicas, constituye una norma de valoración mínima, de manera que no se admiten valoraciones inferiores, a las que se deduzcan de los criterios por ellas establecidos. El valor de adquisición además de ser clave para determinar el importe de la retribución del trabajo exenta, condiciona la futura ganancia de patrimonio cuando la participación se transmita. Considerar un menor valor de adquisición a efectos de la determinación de la renta exenta, pudiera tener el efecto beneficioso en el momento de la adquisición, pero, generará en el futuro —cuando se transmita el valor— una mayor ganancia o una menor pérdida.

En el supuesto en que se adquirieran vía donación o mortis causa las participaciones, no encontramos una norma de valoración específica de las participaciones sociales en las normas de determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En la consulta tributaria de 20 de enero de 2000, la Dirección General de tributos afirma que, «ante la falta de una norma específica relativa a la valoración de las participacio-

¹⁵ Artículo 37.1 a) y b) Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas.

nes sociales debe aplicarse lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio».

Según el artículo 16 de la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el patrimonio, las acciones y participaciones en el capital social o fondos propios de cualesquiera entidades jurídicas negociadas en mercados organizados, se computarán según su valor de negociación media del cuarto trimestre de cada año.

En el supuesto en que se trate de valores no negociados en mercados organizados, se acudirá al valor teórico resultante del último balance aprobado, siempre que éste, bien de manera obligatoria o voluntaria, haya sido sometido a revisión y verificación y el informe de auditoría resultase favorable. En el caso de que el balance no haya sido auditado o el informe de auditoría no resultase favorable, la valoración se realizará por el mayor valor de los tres siguientes: el valor nominal, el valor teórico resultante del último balance aprobado o el que resulte de capitalizar al tipo del 20 por 100 el promedio de los beneficios de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto¹⁶ (artículo 16 de la Ley 19/1991).

2. Entrega de acciones como premios de permanencia u otras rentas irregulares

Otras formas de participación de los trabajadores en el capital de la sociedad se materializan en entrega de acciones como premio de permanencia en la empresa o, en algunos casos, en la entrega de dinero, por los mismos motivos, para la compra de acciones. En el supuesto en que la sociedad entregue las acciones, procederá en los términos indicados en el epígrafe anterior la aplicación de la exención hasta 12.000 euros y sobre el resto de la renta no exenta, se aplicará una reducción al tratarse de una renta irregular. En el supuesto en que el trabajador reciba dinero para la compra de las acciones, si dicha compensación económica se ha generado en un periodo superior a dos años, estaremos también ante un rendimiento irregular, sobre el que precederá la aplicación de una reducción.

Según el artículo 18 de la LIRPF se consideran rendimientos irregulares los que se generen en un periodo superior a dos años, así como aquellos

¹⁶ A este efecto, se computarán como beneficios los dividendos distribuidos y las asignaciones a reservas, excluidas las de regularización o de actualización de balances.

que se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo¹⁷, cuando en ambos casos se imputen en un único periodo impositivo¹⁸.

La reducción prevista en el artículo 18.2 es del 30 por ciento del rendimiento. No obstante, esta reducción no resultará de aplicación a los rendimientos que tengan un período de generación superior a dos años cuando, en el plazo de los cinco periodos impositivos anteriores a aquél en el que resulten exigibles, el contribuyente hubiera obtenido otros rendimientos con período de generación superior a dos años, a los que hubiera aplicado la reducción que venimos comentando.

Existe un límite a dicha reducción de manera que la cuantía del rendimiento íntegro a que se refiere este apartado sobre la que se aplicará la citada reducción no podrá superar el importe de 300.000 euros anuales.

3. Las opciones de compra sobre acciones

Las opciones sobre acciones se presentan como parte del sistema retributivo de grandes empresas; consiste en un sistema mediante el cual el trabajador al que se le entrega la opción, al ejercitarla pasa a ser titular de acciones por las que obtiene durante su tenencia dividendos y en el momento de su transmisión plusvalías. Si bien es cierto que es un sistema retributivo utilizado fundamentalmente en sistemas retributivos de directivos y administradores de sociedades, o deja de constituir una fórmula de acceso de los trabajadores al capital de la sociedad. Los motivos que tradicionalmente han justificado su existencia han sido entre otros alinear

¹⁷ Entre los rendimientos del trabajo irregulares que recoge el artículo 12 del Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas no se recoge el supuesto específico que venimos contemplando, si bien entra dentro de la definición general del artículo 18 2. de la Ley del impuesto.

¹⁸ La Administración Tributaria exige que el reconocimiento del derecho a percibir la renta se haya producido en un momento anterior en el tiempo. Al menos dos años antes de que la retribución sea exigible por el trabajador. En la Consulta Tributaria de 17 de septiembre de 2015, en la que se planteó una retribución variable en función de los resultados de la sociedad, la Administración consideró que el periodo de generación de la retribución sería el transcurrido entre el acuerdo de la Junta (que había sido en julio de 2012) y el momento en que se entiende cumplido el requisito del volumen de ventas al que se condiciona el pago de la retribución (2013). (Consulta V 2686/15).

los intereses de los directivos y de los accionistas y las ventajas fiscales. En el caso de start up se trata de una forma de pagar a quienes trabajan en el proyecto, sin necesidad de disponer de liquidez para hacer frente al pago de salarios¹⁹.

Respecto a su tratamiento fiscal, siguiendo el artículo 42.1 de la LIRPF «constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda». Por lo que la concesión de opciones de compra sobre acciones de una empresa a los trabajadores o administradores de la misma o de otras entidades del grupo, por su condición de tales, bien de forma gratuita, bien a un precio inferior al normal de mercado, se califica como rendimiento del trabajo. Obviamente si el perceptor de las opciones pagara el valor normal de mercado de las acciones en el momento en que ejercita la opción, no existirá rendimiento del trabajo.

Cuando el trabajador ejerce la opción se producirá una ganancia patrimonial cuantificable en la diferencia entre los valores de transmisión y adquisición, es decir, el importe que perciba por la liquidación —diferencia positiva entre el valor de mercado de las acciones en la fecha de ejercicio y su precio de ejercicio— y el precio satisfecho para la adquisición de las opciones —precio pagado por los derechos de opción adquiridos o valor de la opción—. En el supuesto de haberla adquirido de forma gratuita, el valor de adquisición será cero²⁰.

Las acciones obtenidas se consideran al igual que las acciones entregadas por la sociedad como rendimiento del trabajo en especie y le son de aplicación la exención prevista en el artículo 42 y la reducción por renta irregular prevista en el artículo 18.1 ambos de la LIRPF, analizadas en los epígrafes anteriores.

La situación actual es que se reducirán en un 30% los rendimientos netos con un período de generación superior a dos años, cuando se imputen en un único período impositivo. La cuantía del rendimiento sobre la que se aplica la reducción no puede ser superior a 300.000 € anuales. La reducción no resultará de aplicación cuando, en el plazo de los cinco períodos impositivos anteriores a aquél en que los rendimientos resulten exigibles, el contribuyente hubiera obtenido otros rendimientos con pe-

¹⁹ Informe OCDE (2005) *The taxation of employee stock options*.

²⁰ Véase Consulta vinculante DGT 21-04-2016, V1766/2016.

río de generación superior a dos años, a los que hubiera aplicado la reducción²¹.

En el siguiente cuadro se describe la fiscalidad de las stock options. Se ha remarcado en cuadro gris aquellos aspectos de la fiscalidad que comparte con la entrega de acciones como tipo de retribución.

Las opciones de compra sobre acciones

ENTREGA STOCK OPTIONS	EJERCICIO STOCK OPTIONS. ADQUISICIÓN DE ACCIONES	TRANSMISIÓN DE ACCIONES
a. Si la opción de compra no es transmisible (supuesto más frecuente) no tributa el recibirla el trabajador b. Si es transmisible, tributa como retribución en especie, a valor de mercado.	– Se considera retribución en especie, sujeta en IRPF, la diferencia entre el valor de mercado de las acciones en la fecha del ejercicio y el precio del ejercicio. Tributa en la base imponible general – Exenta hasta 12.000 €, si cumple los requisitos del art. 42.3. f) LIRPF – Si se aplica la exención, el exceso sobre 12.000 podrá calificarse como renta irregular, con un importe máximo de 300.000 €, siempre que cumpla los requisitos del art.18 LIRPF ²² . En este caso procederá una reducción del 30%	– Se generará una ganancia o pérdida de patrimonio que tributará en la base imponible del ahorro – Cálculo de la ganancia o pérdida. Art. 37 LIRPF. Valor de transmisión: a. Cotizadas, valor cotización fecha transmisión o precio pactado si es superior b. No cotizadas, valor de transmisión no podrá ser inferior al superior de los dos siguientes: 1º Valor del patrimonio neto que corresponda a los valores transmitidos resultante del balance correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto.

²¹ Se prevé un régimen transitorio para que esta nueva regulación no aplique a las stock options concedidas antes del 1 de enero de 2015.

²² Renta generada en un periodo superior a dos años y que en los cinco periodos impositivos anteriores no haya disfrutado de la reducción por rentas irregulares.

ENTREGA STOCK OPTIONS	EJERCICIO STOCK OPTIONS. ADQUISICIÓN DE ACCIONES	TRANSMISIÓN DE ACCIONES
	– Si no se aplica la exención y se cumplen los requisitos del artículo 18 LIRPF, se calificará la retribución en especie en su totalidad como renta irregular, con el límite de 300.000 €	2º El que resulte de capitalizar al tipo del 20 por ciento el promedio de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto.

4. Los incentivos fiscales en la legislación foral vasca

En las normas que regulan el impuesto sobre la renta de las personas físicas de los territorios forales se prevén incentivos fiscales que afectan tanto a la adquisición, como a la plusvalía que se genera con la transmisión de las acciones o participaciones, así como una deducción por adquisición de participaciones de los trabajadores de la empresa²³. Esta deducción se aplica con independencia de la forma de adquisición de la participación.

La deducción prevista en su artículo 89 consiste en una deducción en cuota del 15 por 100 para hombres o del 20 por 100 si son mujeres, con un límite anual máximo de 1.500 o 2.000 euros si es mujer, de las cantidades satisfechas en metálico en el período impositivo, destinadas a la adquisición o suscripción de acciones o participaciones en la entidad o en cualquiera del grupo de sociedades, en la que prestan sus servicios como trabajadores.

La suma de los importes deducidos por cada contribuyente a lo largo de sucesivos periodos impositivos no puede superar 6.000 euros cuando el adquirente sea hombre u 8.000 euros cuando sea mujer. Para que proceda la aplicación de la deducción la norma exige numerosos requisitos.

Por un parte, se definen los tres tipos de entidades cualificadas para la aplicación de la deducción:

²³ En concreto, véase la norma foral de Guipúzcoa, Norma Foral 3/2014, de 17 de enero, del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas modificada en esta materia en 2016, por la norma foral 6/2016, de 15 de diciembre.

a) Una entidad en la que el trabajador haya prestado sus servicios, siempre que haya trabajado en ella un mínimo de tres, de los cinco años anteriores a la adquisición.

b) Una entidad del grupo al que pertenece la entidad en la que prestan sus servicios como trabajador el adquirente. En este caso, se exigirá que haya trabajado en cualquier entidad del grupo un mínimo de tres de los cinco años anteriores a la adquisición.

c) Puede tratarse de cualquier otra entidad que cumpla los siguientes requisitos:

– Que esté participada exclusivamente por algunas de las entidades mencionadas en los apartados a) y b) anteriores.

A efectos de la composición del accionariado de la entidad, se considera que no se incumple la condición cuando trabajadores que participen en ella, dejen de trabajar en la entidad como consecuencia de una incapacidad permanente total o absoluta o de gran invalidez, ni cuando los titulares sean sucesores de trabajadores que han fallecido con posterioridad a la adquisición de la participación, siempre que el trabajador falleciera en el plazo de los dos años anteriores.

– Que al menos el 90 por 100 de su activo esté constituido por acciones o participaciones de las entidades que hemos descrito en el apartado a) y b) anterior.

Otro segundo bloque de requisitos se añade a los relacionados con el tipo de entidad participada:

1º Las acciones o participaciones no deben estar admitidas a negociación en ningún mercado regulado.

2º Las entidades no deben ser sociedades patrimoniales.

3º La titularidad debe mantenerse durante al menos 5 años.

4º El trabajador deberá mantener la relación laboral durante un periodo de 5 años, salvo fallecimiento, despido incapacidad permanente total o absoluta o gran invalidez.

5º La participación de cada trabajador directa o indirecta junto con su cónyuge o pareja de hecho, ascendiente o descendientes y colaterales hasta el tercer grado no podrá ser superior al 20 por 100.

La norma declara expresamente la no aplicación de esta deducción a la adquisición de acciones mediante el ejercicio de opciones de compra.

A la deducción descrita, se une el hecho que no tributa como rendimiento de trabajo en especie, la diferencia positiva entre el valor normal de mercado y el valor de adquisición de acciones y participaciones por parte de las personas trabajadoras, cuando la adquisición atribuya a las personas adquirentes el derecho a aplicar la deducción prevista en el artículo 89 (artículo 17.2 g) de la Norma Foral.

La exención de las ganancias o pérdidas de patrimonio que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de acciones o participaciones a personas que trabajen en la empresa o entidades del grupo se regula en el artículo 41.2. d) de la Norma Foral. Se exige, entre otros requisitos que el adquirente haya trabajado en la empresa, al menos tres de los cinco años anteriores a la adquisición y se limita la participación del adquirente junto con familiares directos al 20%.

VII. BENEFICIOS FISCALES EN EL IMPUESTO SOBRE PATRIMONIO Y EN IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

Si bien es cierto, que los incentivos fiscales previstos en el Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para la titularidad de participaciones, persiguen un objetivo distinto al de fomentar la participación de los trabajadores en el capital, la realidad es que, en las empresas familiares, uno de los rasgos habituales es la participación de los miembros de la familia en el capital y el vínculo laboral de estos con la sociedad. Se trata de un realidad de facto, ya que entre los requisitos para disfrutar de las exenciones previstas en ambos impuestos, no se exige la correlación entre titularidad de acciones y vínculo laboral²⁴.

²⁴ Por ejemplo, respecto a la exención en donaciones, se exige que, el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones que impliquen la administración, gestión, dirección, coordinación y funcionamiento de la empresa cualquiera que sea la denominación empleada para calificar las funciones desempeñadas por el sujeto en la entidad mercantil, (STS 18 de enero de 2016; casación unificación doctrina 2316/2015), percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50% de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal. Pero como indica el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de julio de 2015, de ello «no resulta la obligación de que el sujeto que ejerza las funciones de dirección tenga que ser titular de participaciones, pudiendo pertenecer éstas al grupo familiar.» (FD Sexto.4) (<http://www.fiscal-impuestos.com/sites/fiscal-impuestos.com/files/NFJ059138.pdf>).

El objetivo de las exenciones en la la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio es por una parte, no someter a gravamen el patrimonio productivo del sujeto pasivo, bien declarando exentos los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial o bien declarando exentas las participaciones en una sociedad en que le posea una participación cualificada y realice funciones de dirección remuneradas²⁵ y por otra, facilitar la transmisión familiar de ese patrimonio vía sucesoria²⁶.

Tal vez, si se llevara a cabo una política activa de fomento de la participación de los trabajadores en el capital de las sociedades, dería establecerse una exención en el Impuesto sobre Patrimonio relativas a las participaciones adquiridas por quienes mantienen una vinculación laboral con la sociedad.

La Ley 19/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre el patrimonio declaran exentas la plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, siempre que concurran las condiciones siguientes (artículo 4.8.2). Para ellos se exige que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que la entidad, sea o no societaria, no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entenderá que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica cuando concurran, durante más de 90 días del ejercicio social, cualquiera de las condiciones siguientes:

²⁵ «Así se indica en la Exposición de Motivos de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre], que introdujo la exención: En el Impuesto sobre el Patrimonio se amplían las exenciones objetivas de su Ley reguladora de 1991 incluyendo entre las mismas la aplicable a lo que ha venido denominándose en el Derecho comparado “útiles de trabajo”, concepto que incluye los bienes y derechos necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial, ejercida de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo, y constitutiva de su principal fuente de renta.

La misma exención se aplica, asimismo, a las participaciones en entidades que cumplan determinadas condiciones, tanto en cuanto a las actividades que realizan, como en cuanto al sujeto pasivo beneficiario de la exención, el cual, aparte de detentar una participación del capital superior al 25 por 100, deberá ejercer efectivamente funciones de dirección y percibir por ello una remuneración».

²⁶ El Tribunal Supremo en la mencionada sentencia de 16 de julio de 2015 comienza recordando la finalidad de esta bonificación, que es «favorecer exclusivamente a patrimonios empresariales que reunieran ciertos requisitos a través de los que se exteriorizaba su carácter “familiar”, con independencia de que se tratara de una empresa individual o de participaciones en entidades».

Que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas²⁷.

b) Que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 por 100 computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción.

c) Que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal.

La exención sólo alcanzará al valor de las participaciones en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos necesarios para

²⁷ Para determinar si existe actividad económica o si un elemento patrimonial se encuentra afecto a ella, se estará a lo dispuesto en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Tanto el valor del activo como el de los elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas será el que se deduzca de la contabilidad, siempre que ésta refleje fielmente la verdadera situación patrimonial de la sociedad.

A efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos:

1.º No se computarán los valores siguientes:

Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias.

Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas.

Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto.

Los que otorguen, al menos, el cinco por ciento de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación siempre que, a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en esta letra.

2.º No se computarán como valores ni como elementos no afectos a actividades económicas aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos 10 años anteriores. A estos efectos, se asimilan a los beneficios procedentes de actividades económicas los dividendos que procedan de los valores a que se refiere el último inciso del párrafo anterior, cuando los ingresos obtenidos por la entidad participada procedan, al menos en el 90 por ciento, de la realización de actividades económicas.

el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad.

Respecto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en el art. 20.2 c) se establece una reducción del 95 por 100 de las acciones o participaciones adquiridas mortis causa por el cónyuge, descendientes o adoptados de la persona fallecida, siempre que les sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, o el valor de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada. Se exige que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo.

Conectada con la mencionada reducción prevista en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, encontramos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la exención de las ganancias o pérdidas que se pongan de manifiesto con ocasión de las transmisiones lucrativas de empresas o participaciones a las que se refiere el apartado 6 del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (artículo 33.3 c LIRPF).

La reducción descrita podría ser trasladable al supuesto de transmisión mortis causa de participaciones de un trabajador, cerrando así el círculo de incentivos fiscales.

VIII. CONCLUSIONES

PRIMERA. A la hora de abordar el análisis de la fiscalidad de la participación financiera de los trabajadores en la empresa, es importante distinguir en primer lugar, entre formas jurídicas de trabajo asociado y participación de los trabajadores en la empresa y, en segundo lugar, establecer las diferencias de las distintas formas de participación.

Las que denominamos formas jurídicas de trabajo asociado, en las que, en su configuración, prevalece el trabajo sobre el capital, —como ocurre en las cooperativas de trabajo asociado—, se retribuye el trabajo y la distribución del beneficio viene determinada por el trabajo realizado. En la

medida en que estas entidades presenten diferencias estructurales que justifiquen un régimen fiscal especial, deben ser objeto de un tratamiento fiscal específico y diferenciado del tratamiento fiscal que reciben las distintas fórmulas de participación financiera del trabajador. Los incentivos fiscales que se reconozcan no pueden ser idénticos a los reconocidos a las cooperativas de trabajo asociado.

SEGUNDA. Existe un proceso de cierta convergencia desde figuras jurídicas que parten de presupuestos distintos. Por una parte, las cooperativas de trabajo asociado, que en algunos casos podrían asemejarse a empresas capitalistas y por otro, las sociedades de capital que, mediante políticas de participación de los trabajadores y mecanismos de autorregulación, pudieran encontrarse en situaciones aparentemente similares, e incluso actuar de facto, como cooperativas. Si realmente nos encontramos con aspectos comunes, fruto de una evolución de los dos modelos que venimos comentando en este trabajo, se deberá proceder a abrir el debate de si deben concederse beneficios fiscales a determinadas formas jurídicas o deben incentivarse determinados aspectos transversales a distintos tipos de entidades. Se podría plantear la procedencia de reconocer beneficios fiscales a las sociedades participadas por trabajadores.

TERCERA: La fiscalidad de las stock options reduce la cuota del trabajador en el IRPF. Si la comparamos con otras formas de adquisición de acciones o participaciones como es por ejemplo, la compra directa por parte del trabajador o mediante préstamo, en ambos casos, el dinero empleado en la compra, o devolución del préstamo constituyó renta que tributó al ser generada por el trabajador. Si esa renta se canaliza como retribución en especie, el trabajador, pospone la obtención de renta hasta el ejercicio en que se ejercita la opción y además tiene la posibilidad de reducir considerablemente el importe de la retribución objeto de gravamen, al estar exentos los primeros 12.000 euros y considerarse rendimiento irregular si se ha generado en un periodo superior a dos años. El rendimiento sujeto es equivalente al valor de adquisición de la acción, en el supuesto en que el ejercicio de la opción fuera gratuito, o al ahorro que obtiene el trabajador al adquirirla por un precio inferior al de mercado.

CUARTA. La entrega directa de acciones también forma parte de sistemas retributivos referenciados a valor, frente a las stoks options que constituyen un tipo de incentivos, referenciados a la revalorización de las acciones. En los primeros, la retribución en especie se genera y por la tanto se grava, en el momento de la entrega de las acciones por el valor de mercado en ese momento. En los segundos tipos puede producirse un incremento

de valor de la acción desde la fecha de concesión del incentivo hasta la fecha del ejercicio de la opción. En ambos casos, se aplica la exención por entrega de participaciones hasta 12.000 euros y el exceso puede constituir rendimiento irregular. En el supuesto en que se produzca la entrega de acciones, es necesario que se haya establecido con una antelación mínima de dos años el incentivo, ya que si no ha sido previsto con dicha antelación mínima, no estaremos un rendimiento irregular.

En nuestra opinión, no son sólo motivos fiscales lo que pueden llevar a la empresa a optar por un sistema u otro, pero en el supuesto en que se opte por opciones de compra a ejercitar en un periodo superior a dos años, al ejercitar estaremos ante rendimientos irregulares. Respecto a la entrega de acciones, si el valor en el momento de la entrega supera 12.000 euros, deberá estar prevista en un sistema retributivo al menos dos ejercicios antes del de la entrega, para que el exceso sea calificado como renta irregular.

QUINTA. Podría plantearse, introducir en el IRPF del socio que transmite sus acciones, una exención de la ganancia positiva generada en la transmisión de las acciones a los nuevos socios trabajadores o a la sociedad que posteriormente las entrega a los trabajadores. Limitándose la exención a los socios que han dejado de trabajar en la empresa o entidades del grupo. Existe ya un precedente al respecto en la Norma Foral de Guipúzcoa que regula el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Bibliografía

- ALGUACIL MARÍ, P. (2008). «Reforma de la tributación de las sociedades laborales», *Revista jurídica de Economía Social y Cooperativa*, Ciriéc-España, núm 19, pp. 189-216.
- ASLE (2013). *Tiempo de crisis, tiempo de oportunidades. La sociedad laboral del siglo XXI, II Congreso de ASLE*, Bilbao, 10 de febrero y 15 de marzo de 2012. (www.aemta.es/wp-content/uploads/.../Tiempo_de_crisis_tiempo_de_oportunidades.pdf).
- APOITA, G. (2012). «Atractivos, apoyos y fiscalidad», *3º Congreso ASLE*. (www.aemta.es/wp-content/uploads/.../Tiempo_de_crisis_tiempo_de_oportunidades.pdf).
- DE LUIS ESTEBAN, J. M. (2008). «Algunas reflexiones a la propuesta de reforma de la Ley de sociedades laborales 4/1997, en materia fiscal», *Revista jurídica de Economía Social y Cooperativa*, Ciriéc-España, núm 19, pp. 223-249.
- DÍEZ ACIMAS, L. (2016). «Régimen jurídico de las Sociedades Laborales Participadas (Análisis de la Ley 44/2015, de 14 de octubre)», *Deusto Estudios Cooperativos*, núm. 8, pp. 51-96.
- FERNÁNDEZ GUADAÑO, J. (2009). «La participación financiera de los trabajadores en las empresas. Diferencias económicas de las empresas clasificadas según la estructura de la propiedad del capital», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 64, pp. 151-168.

- FORO PASUEN (2010). *La participación de las personas en la empresa: algunas reflexiones y propuestas para su desarrollo*. (<http://www.arizmendiarieta.org/pdf/argitalpenak/informecompleto7i11.pdf>).
- GARCÍA BERRO, F. (2013). *La entrega de acciones a los empleados: aspectos controvertidos de su tributación en el IRPF*. Quincena Fiscal, núm. 18, pp. 53-75.
- GARRORENA, A. *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid: Tecnos, 1984.
- HUERTA ARRIBAS, E. y SALAS FUMÁS, V. (2015). «La participación financiera de los empleados en la empresa: una política para la inversión y la financiación en capital organizacional», *Temas para el debate*, n° 244, marzo, pp. 79-91.
- MONTERO SIMO, M (2016). «La fiscalidad de las cooperativas ante el nuevo Impuesto sobre Sociedades. Propuestas para una reforma». *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, [S.l.], n. 50, p. 17-47
- MORALES GUTIÉRREZ, A. C., (1993). *Financiación de las cooperativas del trabajo asociado: ¿problema o síntoma?*, Publicaciones ETEA, colección tesis doctorales, Córdoba.
- VICENT CHULIÁ, F. (1198). «Mercado, principios cooperativos y reforma de la legislación cooperativa», *Ciriec*, n° 29.

Socios trabajadores y seguridad social

JUAN LÓPEZ GANDÍA

*Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad Politécnica de Valencia*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ENCUADRAMIENTO EN LA SEGURIDAD SOCIAL. 1. Reglas generales. Cooperativas de trabajo asociado, socios de trabajo y socios de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra. 2. Las Cooperativas de profesionales colegiados. 3. Las Cooperativas agrarias. 4. Las «Cooperativas de trabajo asociado» de autónomos. 4.1. Introducción. 4.2. Las Cooperativas de trabajo asociado dedicadas a la venta ambulante. 4.3. Algunas reflexiones. 5. Sociedades laborales y participadas. III. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO Y COTIZACIÓN. 1. Aspectos generales. 2. La cotización a tiempo parcial. 3. Bonificaciones en la cotización y programas de fomento del empleo. IV. ACCIÓN PROTECTORA. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Las empresas de economía social revisten distintas modalidades: las cooperativas de trabajo, consumo, vivienda, agrarias, servicios, mar, crédito, enseñanza, sanitarias, seguros, de transporte, las sociedades laborales, las asociaciones, fundaciones y mutualidades, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las sociedades agrarias de transformación y las cofradías de pescadores. Todas estas entidades se ven reflejadas de forma directa o indirecta en el art. 129 de la Constitución Española reuniendo los principios que les otorgan un carácter diferencial y específico respecto a otro tipo de sociedades y entidades del ámbito mercantil. Además, existe una dinámica viva de las entidades de la economía social que hace que confluyan distintas entidades singulares que también participan de los mismos principios que las anteriores.

Las entidades de la economía social actúan en base a los siguientes principios orientadores según el art. 4 de la Ley de Economía Social de 2011:

a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social.

b) Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad.

c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.

d) Independencia respecto a los poderes públicos.

Dentro de estas relaciones societarias nos encontramos con formas muy diversas, desde las cooperativas a las sociedades laborales. Todas ellas son el cauce a través del cual se presta trabajo para una organización como obligación societaria o se prestan servicios a los socios que la constituyen.

En las empresas de economía social por lo que aquí interesa hay que distinguir fundamentalmente las cooperativas de los sociedades laborales. Y dentro de las primeras, la cooperativas de trabajo y las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, cuyo objeto esencial es la prestación de trabajo a las mismas, de las cooperativas de servicios, en las que lo importante es cooperativizar otras actividades, aunque para ello haya que utilizar mano de obra, externa o mediante la figura del socio de trabajo, y en tal caso reviste gran importancia las labores que lleva a cabo la cooperativa, normalmente servicios a los socios que a su vez ejercen una actividad por cuenta propia, bien sean agrarios o de servicios, con mención especial, si las llevan a cabo profesionales colegiados.

La materia ha adquirido gran importancia pues la regulación laboral y de Seguridad Social es diversa en función del tipo de cooperativa ante el que nos encontremos, lo que incide de manera importante en los costes sociales. En este sentido las normas de Seguridad Social abordan los diferentes tipos de cooperativas y los diferentes tipos de socios: socios trabajadores, socios de trabajo, socios de sociedades de transformación (SAT), socios de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra y también el encuadramiento de los trabajadores contratados por las mismas.

En este punto nos encontramos ante dos procesos paralelos: el recurso a cooperativas mediante la externalización de actividades como forma de abaratar los costes que supondría la contratación laboral, y además permitir numerosos márgenes de flexibilidad, tanto en materia laboral como de Seguridad Social, y de otro el recurso a cooperativas de trabajo asocia-

do aparentes como forma de huida del trabajo autónomo y del encuadramiento en Seguridad Social en un régimen de trabajadores por cuenta propia, tanto por razones de costes de Seguridad Social como fiscales. Este fenómeno no se da en las sociedades laborales al aplicarse el régimen de Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena directamente por lo que cabe una flexibilidad del tiempo de trabajo bien mediante socios trabajadores a tiempo parcial o mediante plantilla externa.

El interés de esta temática no es algo coyuntural sino que constituye algo esencial para trazar la posible evolución y extensión de la protección social y de su acción protectora y sus efectos sobre el mercado de trabajo¹.

II. EL ENCUADRAMIENTO EN LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Reglas generales. Cooperativas de trabajo asociado, socios de trabajo y socios de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra

Desde el punto de vista de la extensión de las normas de Seguridad Social el legislador no se inclina por una configuración previa de la relación de los socios trabajadores, ya que éste no es el cometido normal de la disciplina de la Seguridad Social. Sin embargo, el encuadramiento en la Seguridad Social puede condicionar, además del alcance de la protección social, buena parte de los aspectos de las condiciones de la prestación de trabajo y de las medidas de fomento del empleo por lo que conviene hacer ya una referencia clara a las diversas posibilidades contempladas por la ley. La ley no ha optado por configurar o crear un régimen especial de Seguridad Social, pero ello no impide que nos encontremos con ciertas especialidades en la acción protectora de los socios de cooperativas.

El art. 7 del TRLGSS menciona a los socios trabajadores para incluirlos en el sistema y el art. 14 del TRLGSS, que arranca de la regulación de los años sesenta, los incluye ya contemplando expresamente a los socios de trabajo y a los socios de explotación comunitaria de la tierra. En un principio se incluyeron en el SOVI pero a partir de 1963 (Orden de 25 de marzo de 1963) pudieron por opción voluntaria encuadrarse en la Mutuality de

¹ Sobre esta temática puede verse un desarrollo más amplio en López Gandía, J., «Cooperativas y seguridad Social», Albacete, ed. Bomarzo, 2017 y bibliografía allí citada y sobre sociedades laborales, López Gandía, J., «Las sociedades laborales y la aplicación del Derecho del Trabajo», Valencia, 2007, ed. Tirant lo Blanch.

trabajadores autónomos, sistema anterior al RETA, opción que ha planteado alguna cuestión interpretativa.

En efecto, el art. 14 del TRLGSS bajo el título de «Modalidades de integración de los socios trabajadores y de los socios de trabajo de las cooperativas» establece que los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado disfrutarán de los beneficios de la Seguridad Social, pudiendo optar la cooperativa entre las modalidades siguientes: como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, quedando integradas en el régimen general o en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social según proceda, de acuerdo con su actividad, o bien como trabajadores por cuenta propia en el régimen correspondiente. Si a la vez ejercen otro empleo o actividad nos encontraremos ante una situación de pluriempleo o pluriactividad, si bien hay que tener en cuenta que si hubieran optado por RETA y a la vez ejercen otra actividad también encuadrable en el RETA, no cabría pluriactividad.

La dificultad de encajar la relación de los socios en el campo del trabajo por cuenta ajena, pero también en el del RETA, dada su peculiar relación, ha llevado a una solución flexible y abierta, basada en la opción de la propia cooperativa, lo que, a nuestro juicio, es uno de los factores problemáticos de su papel dentro del mercado de trabajo y de incentivo de algunos fenómenos de huida del Derecho del Trabajo, en cuanto permite la adecuación y graduación de costes a unas empresas que pueden competir en el mercado con las empresas que utilizan trabajadores por cuenta ajena, en condiciones más favorables lo que explica la aparición de falsas cooperativas de trabajo asociado constituidas por autónomos para acogerse al régimen de cotización a tiempo parcial.

El nivel de tutela de protección social queda en manos de los propios socios, que pueden optar entre un mayor y un menor nivel de costes y de protección, esto es, entre el régimen de trabajadores por cuenta ajena y el régimen de trabajadores por cuenta propia y su correspondiente régimen general o especial (RETA o REMAR). Es una opción que no tienen otras empresas de economía social como las Sociedades Laborales. En este sentido, si se ha optado por el régimen de trabajadores por cuenta ajena, el RD 84/1996 en materia de protección social establece un principio fundamental de igualdad o de equiparación con el régimen por el que se haya optado. Pese a ésta rotunda declaración lo cierto es que encontramos algunas excepciones.

Las leyes autonómicas carecen de competencia en la materia. Al mencionar la protección social establecen a veces prescripciones genéricas e

innecesarias. Se trataría de un mero recordatorio, de una mera remisión a la normativa estatal en la materia. Las leyes autonómicas no pueden entrar a precisar el alcance del encuadramiento en el régimen de Seguridad Social de que se trate pues corresponde al Estado la regulación de su contenido protector ni siquiera por la vía de un pretendido principio general de igualdad. No cabe afirmar en una ley autonómica que todos los beneficios de Seguridad Social se disfrutarán «en los mismos términos, extensión y condiciones existentes par los demás trabajadores de acuerdo con la normativa general en la materia» (Galicia) o que son de aplicación «las mismas modalidades y peculiaridades del régimen elegido» (Aragón), pues o se trata de una redundancia al depender la cuestión de las normas generales de Seguridad Social, a las que remiten, o abordan una materia que es competencia del Estado, cuyas leyes determinarán el alcance de la inclusión, sin otros límites que los principios constitucionales. O simplemente contemplan la opción de encuadramiento (Cantabria).

Los cooperativistas ejercerán la opción en los estatutos y sólo la podrán modificar en los supuestos y condiciones que el Gobierno establezca.

Los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, así como los socios de trabajo a efectos de Seguridad Social serán, en todo caso, asimilados a trabajadores por cuenta ajena. La diferencia de tratamiento en materia de encuadramiento en la Seguridad Social deriva de su diferente posición en relación con los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado dada la diferencia de la posición de los socios de trabajo en relación con los órganos y el funcionamiento de la cooperativa y su mayor alejamiento de la empresa. Por ello el encuadramiento se lleva a cabo necesariamente en el régimen de trabajadores por cuenta ajena.

Y lo mismo cabe decir respecto de los socios de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra. También aquí la posición del socio, especialmente si no es cedente, está más intervenida a la hora de garantizarle no solo unas mínimas condiciones retributivas, aun a través del anticipo, sino también en cuanto a la anulación de la capacidad de autonomía societaria respecto de la opción de Seguridad Social. El concepto de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra se encuentra en el art. 94 de la Ley General de Cooperativas 27/1999 y en las leyes autonómicas de cooperativas. Son cooperativas de explotación comunitaria de la tierra las que asocian a titulares de derechos de uso y aprovechamiento de tierras u otros bienes inmuebles, susceptibles de explotación agraria, que ceden dichos derechos a la cooperativa y que prestan o no su trabajo en la misma, pudiendo asociar también a otras personas físicas que, sin ceder a la coo-

perativa derechos de disfrute sobre bienes, prestan su trabajo en la misma, para la explotación en común de los bienes cedidos por los socios y de los demás que posea la cooperativa por cualquier título, así como desarrollar las actividades recogidas en el artículo 93.2 para las cooperativas agrarias. Se trata por tanto de socios trabajadores de la cooperativa que desarrollan habitualmente su actividad cooperativizada de prestación de trabajo, y dentro del cual han de estar situados los bienes integrantes de la explotación. Algo similar se contempla en las leyes autonómicas. Así, por ejemplo, en el Texto Refundido de la ley de cooperativas de la C. Valenciana en su art. 88 que las define como las que tienen por objeto la puesta en común de tierras u otros medios de producción agraria a fin de crear y gestionar una única empresa o explotación. Podrán desarrollar cualquier actividad dirigida al cumplimiento de su objeto social, tanto las de obtención de productos agrarios y las preparatorias de las mismas, cuanto las que tengan por objeto constituir o mejorar la explotación en todos sus elementos, así como las de recolección, almacenamiento, tipificación, transporte, transformación, distribución y venta, incluso directa al consumidor, de los productos de la explotación, así como, en general, las que sean propias de las cooperativas agrarias.

Se distinguen claramente de las cooperativas agrarias contempladas en el art. 93.1 de la ley 27/1999 puesto que en estas no se aportan o ceden derechos sobre los bienes para su explotación conjunta sino que los propietarios se asocian para que la cooperativa les preste ciertos servicios. Así, son cooperativas agroalimentarias las que asocien a titulares de explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales, incluyendo a las personas titulares de estas explotaciones en régimen de titularidad compartida, que tengan como objeto la realización de todo tipo de actividades y operaciones encaminadas al mejor aprovechamiento de las explotaciones de sus socios, de sus elementos o componentes de la cooperativa y a la mejora de la población agraria y del desarrollo del mundo rural, así como atender a cualquier otro fin o servicio que sea propio de la actividad agraria, ganadera, forestal o estén directamente relacionados con ellas y con su implantación o actuación en el medio rural.

Se ha planteado si resulta aplicable a las cooperativas la disp. ad. 27^a del TRLGSS —actual art. 305 del TRLGSS—, y si ello impide la afiliación al Régimen General de manera plena, excluyendo la protección por desempleo. También se ha planteado si a la cooperativa que ha optado por el RETA y que contrate a un gerente se le aplica la citada disposición pues las cooperativas no tienen la consideración de sociedades capitalistas, únicas a las que alcanzaría el citado artículo del TRLGSS, y el art. 136.2.b), c) y d)

del mismo texto legal, pues se trata de sociedades personalistas, aun cuando lleven a cabo actividades empresariales, sin perjuicio de que tengan carácter mercantil.

El número 4 del citado artículo 14 de la LGSS autoriza al Gobierno para regular el alcance, los términos y condiciones de la opción, así como para en su caso adaptar las normas de los regímenes de Seguridad Social a las peculiaridades de la actividad cooperativa.

La opción se regula por el art. 8 del RD 84/1996. La opción se ejerce por la cooperativa en los estatutos y deberá alcanzar a todos los socios trabajadores. Sólo es operativa una vez que la cooperativa se ha constituido formalmente y está inscrita en el registro. Una vez ejercitada la opción, ésta únicamente podrá cambiarse mediante la correspondiente modificación de los estatutos de la cooperativa, nueva opción que afectará a todos los socios trabajadores de la cooperativa y siempre que haya transcurrido un plazo de cinco años desde la fecha en que se ejercitó la opción anterior. Tal plazo debe entenderse como mínimo, es decir sólo a partir del mismo cabe ejercitar la opción, sin que ello deba implicar que haya que esperar otros cinco años para poder ejercerla de nuevo, en el caso de que a los cinco años no se haya cambiado el sentido de la misma. Parece difícil entender que exista una opción tácita si la cooperativa a los cinco años no modifica el sentido de la opción anterior, pues no se ha producido un cambio de sus estatutos.

La opción se configura como una aplicación plena del régimen de Seguridad Social que corresponda en los mismos términos y condiciones que rijan para el común de los colectivos que formen parte del campo de aplicación del mismo. Este artículo presenta ciertas analogías con la asimilación del art. 97 de la LGSS —actual art. 136 del TRLGSS—, aunque en la práctica plantea ciertos problemas, como se verá, al abordar las modalidades de prestación de trabajo, dado el engarce estricto que determinadas instituciones de la Seguridad Social presentan con figuras estrictamente laborales.

Cuando la opción se produce por el RETA, la inclusión requiere el cumplimiento de la edad de 18 años en caso de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo, aunque se discute por algún sector de la doctrina que se haga prevalecer el régimen del RETA sobre el específico cooperativo (art. 8. 2 de la Ley 27/1999) que exige 16 años e incluso se afirma la prevalencia de las reglas cooperativas al ser de mayor rango, legal. Este argumento decaería una vez el TRLGSS de 2015 en su art. 305.1 incorpora ya este precepto reglamentario y por tanto el requisito de la edad de 18 años.

2. Las Cooperativas de profesionales colegiados

Cabría la opción no ya por el RETA o régimen de Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia que corresponda, sino por una Mutualidad de Previsión, cuando se trate de una cooperativa de profesionales colegiados. Es decir, la constitución de una cooperativa por estos profesionales no vendría a cambiar las reglas comunes de encuadramiento que caracterizan a estos profesionales (disp. ad. 18ª y 19ª TRLGSS), que se aplicarán como si se tratara de profesionales individuales independientes. La cuestión es si al constituir una cooperativa prevalecería la obligatoriedad de la inclusión de sus socios trabajadores en el sistema de la Seguridad Social y no a través de una Mutualidad alternativa. Podría entenderse en este caso que prevalece la norma especial, la que les afecta como profesionales colegiados, y que por tanto se encontrarían incluidos en el sistema a través de esta modalidad optativa, tal como se ha afirmado por algún pronunciamiento de la doctrina judicial. Lo cierto es que las citadas disposiciones adicionales 18ª y 19ª del TRLGSS, al proceder de la disp. ad. 15 de la ley de ordenación del seguro privado de 1995 y de la ley 27/2011 respectivamente, no han podido ir más allá de la regulación de la que partían y que vienen a refundir. Por ello sigue vigente la conexión con el RETA por lo que en caso de cooperativas de trabajo asociado de profesionales que hayan optado por el RETA —no se contempla el REMAR— cabrá una segunda opción por la Mutualidad. En todo caso, la opción por la Mutualidad como alternativa al RETA o régimen especial de que se trate solo se podrá ejercer si el objeto social de la cooperativa no va más allá del ejercicio libre de la profesión, es decir que no comprenda otras actividades.

3. Las Cooperativas agrarias

Ya se mencionó más arriba la diferencia entre sociedades cooperativas de explotación comunitaria de la tierra de las cooperativas agrarias. Las primeras son de trabajo asociado, las segundas de servicios.

En cuanto a las cooperativas agrarias hay que tener en cuenta la desaparición del régimen especial agrario (REASS) y su integración en otros regímenes tanto respecto de los trabajadores por cuenta propia tras la ley 18/2007 de 4 de julio mediante un sistema especial en el RETA (SETA) como respecto de los trabajadores por cuenta ajena tras la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del REASS como sistema especial del Régimen general (SETACA).

Actualmente el SETA se regula por los arts. 305.2 y 323 y ss. del TRLGSS y el SETACA por el art. 136 y art. 252 y siguientes que vienen a derogar la ley 28/2011 salvo la disp. ad. 7^a (jubilación y su compatibilidad con labores agrarias esporádicas) y la disp. final 4^a (habilitación al gobierno en materia de desempleo de eventuales agrarios).

Están incluidos en el SETACA (art. 252 del TRLGSS) quienes realicen labores agrarias, sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias o sean complementarias o auxiliares de las mismas, en explotaciones agrarias, así como los empresarios a los que presten sus servicios en los términos que reglamentariamente se establezcan.

No obstante, no tendrán la consideración de labores agrarias a estos efectos las operaciones de manipulado, empaquetado, envasado y comercialización del plátano, a que se refiere el artículo 136.2.g) del TRLGSS, es decir tanto si dichas labores se llevan a cabo en el lugar de producción del producto como fuera del mismo, ya provengan de explotaciones propias o de terceros y ya se realicen individualmente o en común mediante cualquier tipo de asociación o agrupación, incluidas las cooperativas en sus distintas clases.

No se consideran labores agrarias las operaciones indicadas en el párrafo anterior sobre dicho producto (art. 252.1 segundo párrafo del TRLGSS) aunque para el mismo empresario presten servicios otros trabajadores dedicados a la obtención directa, almacenamiento y transporte a los lugares de acondicionamiento y acopio del propio producto y todo ello sin perjuicio de lo establecido respecto de su venta en el último párrafo del artículo 2.1 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

Según este precepto de la ley 19/1995 a efectos de esta Ley y de las disposiciones correspondientes al encuadramiento en el SETA se considerará como actividad agraria «la venta directa por parte de agricultoras o agricultores de la producción propia sin transformación o la primera transformación de los mismos, cuyo producto final esté incluido en el anexo I del artículo 38 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, dentro de los elementos que integren la explotación, en mercados municipales o en lugares que no sean establecimientos comerciales permanentes, considerándose también actividad agraria toda aquella que implique la gestión o la dirección y gerencia de la explotación».

No son labores agrarias las de manipulado y empaquetado del tomate fresco por cosecheros exportadores y el manipulado y envasado de frutas y hortalizas y conservas vegetales. Al contrario se configuran como sistemas

especiales dentro del Régimen general (art. 11 del TRLGSS), distintos del SETACA (art. 136.2 a) y 252 y ss. del TRLGSS).

Así pues la creación de este sistema especial (SETACA) significa de entrada la aplicación del Régimen general de la Seguridad Social y de las especialidades propias del sistema especial y que en principio cabría pensar que solo afectan a actos instrumentales de encuadramiento y especialmente a la cotización. Pero no es así: las peculiaridades afectan también a la acción protectora, en parte por las peculiaridades derivadas de la presencia en el régimen de periodos de inactividad y de la cotización durante los mismos a cargo del propio trabajador, si se mantiene dentro del sistema durante tales periodos, y, de otro lado, por la proyección de estos periodos sobre los requisitos para el acceso a la acción protectora en general (estar al corriente del pago de las cotizaciones) y en particular a determinadas prestaciones (incapacidad temporal, base reguladora de la incapacidad permanente, jubilación anticipada, etc.).

Si se tratara de cooperativas de trabajo asociado a efectos de integración en el Sistema de la Seguridad Social, y de acuerdo con el art. 14 del TRLGSS y con el artículo 8.1 del RD 84/1996 las cooperativas de trabajo asociado si bien, como se ha visto más arriba, pueden optar por que sus socios queden asimilados a trabajadores por cuenta ajena o a trabajadores por cuenta propia, incluyéndose en el régimen que proceda de acuerdo con su actividad, no obstante, si la opción es por un régimen de trabajadores por cuenta propia, el alta de los socios se producirá a partir del 1 de agosto de 2007 necesariamente en el RETA común, sin que a partir de 1 de enero de 2008 sea tampoco procedente el encuadramiento en el sistema especial, ya que el trabajador no reúne los requisitos establecidos en la Ley 18/2007 en cuanto a la condición de titular de una explotación agraria en los términos establecidos en dicha Ley.

Si se trata de una cooperativa de explotación comunitaria de la tierra de acuerdo con el art. 14.2 del TRLGSS los socios trabajadores serán asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Por lo tanto, su encuadramiento procederá en el sistema especial SETACA cuando las labores realizadas sean agrarias. No obstante, a diferencia de los demás trabajadores de este sistema especial, en el caso de éstas cooperativas sí cabe la cotización a tiempo parcial por horas mientras que en el SETACA solo cabe por días, no por horas. Sí que se contempló en el SETACA por la disp. ad. 4ª de la ley 28/2011 pero su aplicación se condicionaba a desarrollo reglamentaria que nunca se produjo. Tal disposición adicional no se ha incorporado al TRLGSS. Así pues según el art. 255.2 del TRLGSS cuando la cotización se efectúe por bases diarias, en caso de trabajadores del SETACA se enten-

derá referido a cada jornada real realizada, sin que pueda ser inferior a la base mínima diaria de cotización que se establezca en cada ejercicio por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Lo más frecuente sin embargo, será que los propietarios de los campos se asocien en cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación (SAT). Las primeras se regulan por la LGC y por las leyes autonómicas. Las segundas por el RD 1776/1981, de 3 de agosto. Su finalidad es la misma: la producción, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, promoción y desarrollo agrario y la prestación de servicios comunes que sirvan a aquella finalidad. Pueden asociarse las personas que ostenten la condición de titular de explotación agraria o trabajador agrícola. Las SAT están constituidas como mínimo por tres socios y el importe de las aportaciones de un socio no podrá exceder de una tercera parte del capital social.

En primer lugar se ha de comprobar que la actividad que desarrolla la SAT es agraria. Si lo es, el alta de los trabajadores por cuenta ajena se producirá en el SETACA; si no lo es, procederá el alta en el Régimen general común; si hay actividades agrarias y otras que no lo son, habría que determinar la concreta actividad que realiza el trabajador.

Determinada que la actividad es agraria, respecto a los trabajadores que a su vez tienen la condición de socios, hay que comprobar si entre ellos y la sociedad hay relación laboral. Si la hay, el alta procederá como trabajador por cuenta ajena.

Respecto del concepto de labor agraria, a falta de desarrollo reglamentario, hay que seguir estando de momento a lo establecido en el reglamento del REASS (art. 8 del Decreto 3772/1972). La primera transformación y el transporte de los productos constituyen labor agraria, pero no la manipulación y envasado, ni la comercialización, pues constituyen segunda transformación, incluso aunque las lleven a cabo cooperativas agrarias, según interpretación jurisprudencial mayoritaria.

Los tres tipos de tareas que siempre han de quedar definidas para poder practicar las altas en el régimen procedente son:

- 1) Obtención directa de los frutos y productos agrarios.
- 2) Labores complementarias de almacenamiento, transporte y primera transformación.
- 3) Manipulación, envasado y comercialización de frutas y hortalizas.

4. Las «Cooperativas de trabajo asociado» de autónomos

4.1. Introducción

Esta temática está íntimamente relacionada con la cuestión de si cabe dentro del concepto de cooperativa de trabajo asociado la figura del trabajo autónomo, y cómo trazar entonces la frontera entre las cooperativas de trabajo asociado y las cooperativas de servicios. Esta cuestión no se plantea en las sociedades laborales al exigirse que el socio trabajador sea contratado mediante contrato laboral, sin que quepan en el marco legal sociedades laborales de trabajadores autónomos.

La cuestión tiene gran repercusión práctica en numerosos aspectos, laborales, fiscales, y también de Seguridad Social dada la opción que tendrían en tal caso los autónomos por estar encuadrados en el régimen de trabajadores por cuenta ajena, poder cotizar a tiempo parcial y tener acceso a las prestaciones por desempleo.

El trabajo asociado no es un trabajo autónomo en el que el acreedor de la prestación no pueda inmiscuirse en la ejecución de las obligaciones. Al contrario, se trata de un trabajo colectivo coordinado, jerarquizado y dirigido, tras una puesta a disposición del propio trabajo y de una limitación, por razón de esa forma de empresa asociada, de la libertad del trabajador en el despliegue de la obligación contratada. Se adopta un modelo «laboral» en el marco de una empresa de trabajo asociado, lo que a diferencia del trabajo autónomo viene a condicionar toda la organización: la existencia de órganos de dirección, que dirijan el trabajo, ejerzan poderes directivos y disciplinarios, y no la voluntad aislada de cada socio, una participación democrática y autogestionada en su origen, pero jerarquizada en el ejercicio de la prestación, con sujeción personal del socio trabajador, mediante la creación de una realidad diferenciada y autónoma distinta de los socios individualmente considerados. Se produce la inserción en un ámbito organizativo, rector y disciplinario que no es ajeno al socio, ya que se trata de una exigencia funcional del trabajo colectivo asociado, que adopta una forma subordinada mediante las aportaciones a una organización productiva y el reparto de excedentes.

El trabajo asociado organizado de manera colectiva cuando se presta o ejecuta de manera individual estamos más bien ante un socio de cooperativas de servicios. En estas el trabajador autónomo tendría libertad para la fijación de las condiciones de la prestación laboral (horario, funciones, lugar de trabajo, autodirección y disciplina, etc.) y la cooperativa solo se limitaría a aportar ciertos servicios. Por eso el trabajo en cooperativa de trabajo

asociado sólo lo es cuando adopta caracteres de dependencia porque así lo califican las partes en función de las características del trabajo prestado.

Con mayor claridad se configuran como cooperativas de servicios en caso de artesanos, artistas y profesionales que trabajan por cuenta propia y se asocian en cooperativa con objeto de proporcionar suministros, servicios o prestaciones o realizar operaciones que faciliten, garanticen o complementen dichas actividades de los socios o los resultados de las mismas en la vertiente técnica, laboral, ecológica, organizativa o funcional sin que afecte, en caso de artistas y profesionales, al régimen de ejecución y responsabilidad de los proyectos o tareas correspondientes que se desarrollarán de acuerdo con las reglas y normas de las profesiones liberales.

La modalidad de trabajo autónomo puede aparecer en algunas cooperativas como la de los transportistas, que incluyen desde la organización de los servicios de transporte para sus asociados a su propia prestación con o sin la aportación de vehículo. Las leyes autonómicas que entran a regular con cierto detalle este tipo de cooperativas tienen dificultades a la hora de encuadrarlas entre las de trabajo asociado y las de servicios, si bien tras el art. 13. g) del ET la cuestión resulta más clara, si se dan los requisitos de exclusión del trabajo por cuenta ajena.

En cualesquiera de sus modalidades de organización, las cooperativas de transporte dedicadas al transporte de mercancías por carretera tienen un funcionamiento idéntico: el socio con su vehículo ya sea en propiedad (cooperativa de transportistas) ya sea en aportación a la cooperativa (cooperativa de transporte) presta su servicio de forma individualizada para su cliente o clientes (denominado «cargador» en la legislación de transporte), conforme a las instrucciones que dicho cliente o clientes establecen (horarios de prestación del servicio, plazos de entrega, labores de carga y descarga, etc.). Una vez realizado dicho servicio, el cliente abona a la cooperativa el correspondiente precio conforme a la factura emitida por ésta. Posteriormente la cooperativa abona al socio cuyo vehículo ha realizado efectivamente el servicio su correspondiente contraprestación económica tras la presentación de la correspondiente factura acreditativa por parte de dicho socio.

En este caso la gama de situaciones es más compleja y como establece con detalle alguna ley autonómica cabe distinguir la cooperativa de servicios que organizan los transportes, la administración y los talleres de la de trabajo asociado cuando agrupa a conductores, transportistas u otro personal que aportan su vehículo y prestan un trabajo personal. No obstante, ante la dificultad de control de los resultados de la actividad laboral

cooperativizada y de las condiciones de trabajo, se establece la posibilidad de que tanto los gastos como los ingresos se imputen a cada vehículo que los haya generado, creándose así a efectos fiscales una unidad de explotación susceptible de ser adscrita al socio que haya aportado el mismo y por tanto más próxima al trabajo por cuenta propia, por lo que resulta difícil la aplicación de normas legales y estatutarias inspiradas en el modelo laboral, salvo su sometimiento a la organización cooperativa (prestación del servicio de transporte, poder disciplinario, etc.). La aportación de trabajo a un fin común, en cambio, se debilita y la cooperativa se aproxima a la de una organización empresarial de servicios, cuando su objetivo es proporcionar al trabajador la organización, administración y servicios de transporte a cambio de una deducción de los rendimientos, más que un reparto del excedente cooperativo producido en común mediante anticipos. De ahí que cuando el socio trabajador no aporte título o licencia de transporte y preste servicios con vehículos de la cooperativa, la aproximación a la figura del trabajador dependiente será mayor y habrá menos dificultades en aplicar las normas de las cooperativas de trabajo asociado en cuanto a los anticipos societarios, al no darse aportación de vehículo y correr la cooperativa con los gastos e ingresos, aun calculados de la misma forma que la señalada antes.

No obstante, hay que tener en cuenta que la aportación de la licencia de transporte no necesariamente tenía que ser individual sino que podía ostentarla la propia cooperativa en lugar de cada uno de los socios —hasta la reciente reforma de la Ley del transporte por ley 9/2013, de 4 de julio (en sus artículos 22, 54, 119, 140.2, 140.3, 140.16 y 143.5)— y esta sería la mera finalidad de asociarse a la misma por el transportista para luego prestar su trabajo de manera autónoma.

Varias sentencias de la doctrina judicial admiten también la exclusión de la condición de socio trabajador del transportista con vehículo propio de una cooperativa que corre con los gastos de mantenimiento, conservación y reparación y combustible, autopistas, sanciones e impuestos del vehículo cedido en alquiler a la cooperativa que a su vez lo arrienda al conductor transportista «sin que el hecho de que la autorización administrativa de transporte no estuviera a su nombre fuera óbice para tal conclusión puesto que lo estaba a nombre de cada una de las cooperativas de las que era socio y en cuya virtud suscribió los contratos mercantiles» con los cargadores. La cooperativa cedía el uso de la autorización al socio mediante pago de alquiler mensual. Como el contrato mercantil de transporte no lo realiza la cooperativa como tal, sino cada uno de los socios cooperativistas,

la figura de la cooperativa parece ser más bien la de servicios que la de trabajo asociado.

Por tanto, la cooperativa de transportes, sea cual sea su modalidad organizativa, realiza una labor de intermediación, ya que es el socio el que presta directamente el servicio al cliente y por ello no dejaría de ser un autónomo.

Tampoco son verdaderas cooperativas de trabajo asociado las que proporcionan servicios a toda clase de autónomos desde gestiones administrativas, mediación para conseguir contratos y otros. Así ocurre, por ejemplo, cuando el objeto social es proporcionar a todos los «freelance» un sistema mediante el que sea la cooperativa la que facture y no los autónomos, por los trabajos que éstos de manera libre e independiente realicen como profesionales, sin aportarlos a la cooperativa, cuyo objetivo es solo facturar y además poder incluir a los autónomos en el régimen general y cotizar solo por horas o días al no estar encuadrados en el RETA, de lo que se encarga la cooperativa. La cooperativa genera una factura para el cliente del asociado, éste se la pasa (sic) al cliente, tras haber hecho un contrato o tener un encargo preciso con él documentado, —no es la cooperativa la que contrata con el cliente— la ingresa en la cooperativa y luego la cooperativa se la abona como anticipo en la cuenta del asociado. La cooperativa le descuenta los gastos de Seguridad Social, el IRPF y los gastos de gestión (un 4%), como si de una gestoría se tratara. Los estatutos, sin embargo, copian literalmente muchos estatutos standards de cooperativas de trabajo que no guardan relación alguna con su funcionamiento real, sino que es una mera fachada, pues en la práctica no hay ninguna actividad cooperativizada fuera de la de procurar los servicios citados, claramente fraudulentos, a los autónomos.

Otra cosa es que se constituyan como cooperativas de emprendedores y de fomento de emprendedores, proporcionando servicios de «start up» o lanzamiento y aprendizaje profesional como empresarios. En otras experiencias, sin embargo, las fronteras siguen siendo difusas.

Las leyes de cooperativas no suelen contemplar expresamente estas nuevas cooperativas, pero encajan en la definición de cooperativas de servicios empresariales y profesionales. Así en la ley 4/1999 de cooperativas de Madrid se definen como las que tienen por objeto realizar toda clase de prestaciones, servicios o funciones económicas, no atribuidas a otras sociedades reguladas en esta ley, con el fin de facilitar, promover, garantizar, extender o completar la actividad o los resultados de las explotaciones independientes de los socios, o los constituidos por profesionales y artistas

que desarrollen su actividad de modo independiente y tengan como objeto la realización de servicios y ocupaciones que faciliten la actividad profesional de sus socios. Asimismo, podrá afrontar la solución conjunta de necesidades, proyectos, cargas o consecuencias derivadas de dichas actividades independientes, tales como las medioambientales, las de formación y actualización profesional, las laborales susceptibles de gestión compartida, las de investigación y desarrollo, las tecnológicas en cualquier ámbito, las actividades de exportación y cualesquiera otras de interés común para los socios. Cuando se trate de entidades formadas por profesionales liberales o por artistas, la ejecución y responsabilidad en la realización de los encargos se regirá por la normativa civil o mercantil y profesional que sea de aplicación; en este caso, la denominación de las mismas será cooperativas de servicios profesionales. En la misma línea, aunque sin precisar tanto, se mueve la definición de la ley de cooperativas de la Comunidad Valenciana (TR de 2015, Decreto Legislativo 2/2015, art. 95).

La ley 6/2013 de cooperativas de Cantabria en su art. 130 regula las cooperativas de impulso empresarial que parecen configurarse de manera poco clara. De un lado parecen claramente de servicios al definirse como las que tienen como objeto canalizar la iniciativa emprendedora de sus socios, mediante la orientación profesional, la provisión de habilidades empresariales, o la prestación de servicios comunes. También podrán tener por objeto la intermediación laboral, a través de la normalización y regularización de actividades económicas informales. En estas cooperativas pueden existir dos tipos de socios: los socios prestadores de servicios o de estructura, que podrán ser personas físicas o jurídicas, públicas o privadas. Son los responsables del correcto funcionamiento social, económico y financiero de la cooperativa y los socios ordinarios o receptores de servicios, que podrán ser únicamente personas físicas, y prestarán su trabajo a través de la cooperativa. En ese segundo tipo de socios no se precisa exactamente cómo prestarán su trabajo a través de la cooperativa y si en ese caso adoptará la forma de cooperativa de trabajo asociado. Se remite su fijación a desarrollo reglamentario que regulará determinados aspectos de esta modalidad de cooperativa, especialmente lo relativo a su objeto, duración de la prestación de trabajo, estatuto del socio y ejercicio de derechos y deberes. Tampoco se precisa el alcance de la intermediación laboral a que hace referencia el artículo, pues no sabemos si se trataría de una ETT bajo forma cooperativa o de simplemente de agencia de colocación. En ambos casos es dudoso que la ley autonómica tenga competencias en esta materia que a nuestro juicio va más allá de la cooperativa para entrar en territorio laboral.

También la ley 14/2011 de cooperativas de Andalucía en su art. 93. Establece que son sociedades cooperativas de impulso empresarial las que tienen como objeto social prioritario canalizar, en el ámbito de su organización, la iniciativa emprendedora de sus socios y socias, mediante la orientación profesional, la provisión de habilidades empresariales precisas para el desarrollo de cada una de sus actividades, la tutorización de dichas actividades en los primeros años de su ejercicio o la prestación de determinados servicios comunes a las personas socias que les proporcione un ámbito donde desempeñar regularmente su actividad profesional. En estas entidades pueden coexistir dos tipos de personas socias: las que prestan orientación, formación, tutoría o servicios complementarios, en cuyo caso, su condición societaria se ajustará a los requisitos establecidos, con carácter general, en el artículo 13.1, y quienes resultan beneficiarias de dichas prestaciones, que habrán de ser personas físicas. Ambas condiciones podrán recaer, según los casos, en cualquiera de los socios o socias, prevaleciendo a estos efectos, la condición de persona física. Reglamentariamente, se regularán determinados aspectos de esta modalidad cooperativa, especialmente en lo relativo a su objeto, duración de la prestación de trabajo, estatuto de la persona socia y ejercicio de derechos y deberes sociales. Esta última previsión suscita las mismas dudas ya manifestadas en relación con la ley de cooperativas de Cantabria.

La ausencia de cotización a tiempo parcial en el SETA en ocasiones plantea también problemas para el encuadramiento de la agricultura a tiempo parcial que puedan llevar a cabo los propietarios de explotaciones agrícolas que a la vez trabajen por cuenta ajena en la industria y en los servicios. Solo si constituyen cooperativas de explotación comunitaria de la tierra pueden compatibilizar ambas actividades, unas por cuenta ajena no agrarias, y las agrarias en el SETA a tiempo parcial que deriven de su actividad cooperativizada.

4.2. Las Cooperativas de trabajo asociado dedicadas a la venta ambulante

Los socios trabajadores de estas cooperativas, si perciben ingresos directamente de los compradores quedarán incluidos, a efectos de la Seguridad Social, en el RETA, sin que quepa la opción por el régimen general.

Se trata de una regulación especial como consecuencia de los numerosos casos de fraude que se dieron hace unos años mediante la creación de falsas cooperativas de trabajo asociado de autónomos en las que la cooperativa era un mero ente instrumental para tramitar altas en la Seguridad Social sin que se diera aportación de actividad alguna a la misma, ni com-

pras en común, ni reparto de actividad, material ni anticipos. Su objetivo era simplemente encuadrarse en el régimen general por opción para cotizar muy pocas horas, a tiempo parcial, y percibir en su caso prestaciones por desempleo.

De ahí que actualmente queden necesariamente encuadradas en el RETA, si bien pudiendo optar por bases de cotización inferiores, pero con la obligación de cubrir ciertas contingencias como los riesgos profesionales, mientras que los demás trabajadores por cuenta propia del RETA y del REMAR, salvo los TRADE, como es sabido, no están obligados.

En efecto los socios podrán elegir como base mínima de cotización la establecida con carácter general en el RETA salvo que acrediten que la venta ambulante se realiza en mercados tradicionales o mercadillos, con horario de venta inferior a 8 horas/día, en cuyo caso podrán optar por una base mensual inferior que se fija anualmente en la Ley de Presupuestos del Estado. Esta elección de bases también será de aplicación a las personas que se dediquen de forma individual a la venta ambulante en mercados tradicionales o mercadillos con horario de venta inferior a ocho horas al día, siempre que no dispongan de establecimiento fijo propio, ni produzcan los artículos o productos que vendan.

Estas específicas bases mínimas únicamente podrán ser aplicadas por los trabajadores o socios trabajadores cuya actividad se limite exclusivamente a la venta, no incluyéndose aquellos casos en los que, además, se fabrican o elaboran los productos objetos de venta.

Los trabajadores cuyo alta en el Régimen Especial se haya practicado de oficio, como consecuencia, a su vez, de una baja de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social o en otro régimen de trabajadores por cuenta ajena, podrán optar, cualquiera que sea su edad en el momento de causar alta, entre mantener la base de cotización por la que venía cotizando en el régimen en que causaron baja o elegir una base de cotización aplicando las reglas generales previstas, a tales efectos, en este Régimen Especial.

4.3. Algunas reflexiones

Estos fenómenos de huida de autónomos del RETA hacia el Régimen general que se producen de manera repetida y cíclicamente ponen de manifiesto la posible inadecuación de la regulación actual de la cotización del RETA para los autónomos cuyos rendimientos son variables, cambiantes, imprevisibles y que muchas veces no alcanzan la base mínima de cotiza-

ción. No contamos con unas referencias legales claras y precisas a la hora de determinar los rendimientos mínimos que se consideran para decidir si se lleva a cabo un trabajo por cuenta propia de manera habitual y como medio fundamental de vida. La referencia al SMI es insuficiente y además solo se menciona en la regulación de la compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo por cuenta propia como indicio de la habitualidad, en cómputo anual. Pero tal cómputo puede que solo se conozca a final del año, momento en el que el autónomo ya no puede darse de alta con carácter retroactivo. Puede que haya meses en que se supere el SMI y otros en que no, lo que genera gran inseguridad jurídica mientras tanto.

Se propugna a veces en este sentido introducir una cotización a tiempo parcial (vide infra) por días trabajados, pues la facturación no siempre se mide por días trabajados, cabría importar un sistema similar al de los artistas, mediante una cotización por ingresos y a cuenta.

En todo caso, sea cual sea el sistema a aplicar, se requiere una modificación legislativa que aborde esta cuestión y que evite la huida de los autónomos hacia la cooperativa falsa para escapar de las obligaciones de cotizar a la Seguridad Social por la base mínima o no cotizar. Pero si se legaliza un cotización por días con carácter general y sin los debidos controles, los riesgos de una caída de la recaudación son muy elevados, lo que no parece conveniente si se tiene en cuenta que el déficit de la Seguridad Social se produce en gran parte en este régimen especial.

Esta problemática como se verá a continuación no se da en las sociedades laborales al estar constituidas por socios trabajadores por cuenta ajena.

5. Sociedades laborales y participadas

Las sociedades laborales son sociedades de capital por su forma y por tanto les son aplicables las normas relativas a las sociedades anónimas y limitadas. Desde la aprobación de la Ley de sociedades laborales de 1997, han sido numerosas las reformas legislativas que han afectado a este sector, entre otras: la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal; la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales; la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, o el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

Pero se caracterizan y se diferencian de las sociedades capitalistas puras por el hecho de que se trata de una empresa societaria «laboral» con presencia dominante y mayoritaria de los trabajadores en el capital social.

Los socios trabajadores de las sociedades laborales, a diferencia de los de las cooperativas de trabajo asociado, constituyen una sociedad mediante la aportación de capital y luego celebran un contrato con la propia Sociedad que constituyen separándose la persona jurídica de la Sociedad de los socios, que no aportan trabajo, sino que son contratados por la Sociedad para la que trabajan sin poseer el control efectivo, dada la definición de la Sociedad laboral del art. 1 de la ley 44/2015 de 14 de octubre de Sociedades laborales y participadas. Y así se exige que al menos la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios mediante contrato indefinido que representen más de la tercera parte del capital social, salvo que la sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite establecido en este apartado.

Veamos las reglas comunes de las sociedades capitalistas y luego las especialidades de las sociedades laborales distinguiendo personal laboral común de personal de alta dirección y administradores sociales. En principio cabe señalar que a diferencias de los socios trabajadores de cooperativas no cabe opción de protección de Seguridad Social por un régimen de Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena o por un régimen de trabajadores por cuenta propia, aunque esta cuestión se ha barajado y debatido en el propio sector en algún momento en el sentido de disfrutar de un régimen similar al de las Cooperativas de trabajo asociado.

En cuanto a este personal puede ser alto cargo sin más, o, a la vez, ser socio de sociedades capitalistas o de responsabilidad limitada. Puede ser también administrador únicamente o, a la vez trabajador común o especial de la empresa.

Veamos las distintas situaciones contempladas en el art. 136.2 b) y c) de la LGSS que retoma los términos de la antigua disp. ad. 27ª LGSS de 1994. La regulación recoge en parte la línea jurisprudencial basada en el criterio del vínculo y de la participación accionarial, pero sobre todo eleva el rango jurídico de la regulación contenida en resolución y Circulares que ahora se incorporan al texto legal:

1) Exclusión del sistema:

- los socios que desempeñen pura y simplemente la función de consejeros en empresas capitalistas. Este supuesto pensado inicialmente para consejeros que no fueran a la vez trabajadores comprende ahora a los llamados impropiaamente, aunque es la terminología legal,

consejeros pasivos, que no desempeñen cargos de administración específica ni posean control efectivo. Respecto de ellos existiría un vacío de protección que algún sector de la doctrina cuestiona en relación con el art. 41 de la Constitución.

- los socios, sean o no administradores, de sociedades capitalistas cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios (art. 306.2 LGSS). Se trata de las sociedades de mera tenencia de bienes reguladas en el art. 75.1.a de la Ley del Impuesto de Sociedades.

2) Inclusión en el régimen general:

- El personal de alta dirección, con contrato laboral especial del art. 2.1.a del ET, superando ahora los problemas de refundición del entonces art. 97.2.a. LGSS, siempre que no pertenezca al órgano de administración, excepto que por razón de su actividad corresponda su inclusión como trabajadores por cuenta ajena de algún régimen especial (vgr. trabajadores del mar, según la ley 5/1999).
- Los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aunque formen parte del órgano de administración, siempre que no tengan una participación directa o indirecta mayoritaria en el capital social, ni posean por cualquier otro medio un control efectivo de la sociedad. Se recogen en este requisito los dos criterios jurisprudenciales del vínculo y de la participación accionarial pero corregidos.
- Los consejeros y administradores que *formen parte de su órgano de administración* realizando no sólo tareas consultivas o de asesoramiento, por decirlo con los términos legales, sino que lleven a cabo funciones de gerencia o administración, ya sean retribuidos por tal cargo, o bien perciban otra remuneración (por trabajar en otro puesto de trabajo, a tiempo completo o a tiempo parcial según STS de 4 de febrero de 1997), siempre que no posean control efectivo. En tal caso están incluidos en el régimen general por asimilación, pero sin la protección de desempleo ni del FOGASA. Esta asimilación a trabajadores por cuenta ajena no quiere decir que exista contrato de trabajo. Por ello no cabe la modalidad a tiempo parcial como gerente o administrador (STS de 1 de julio de 2002). Si por otra actividad hubiera relación laboral, la condición de administrador prevalecería sobre la hipotética relación laboral común o especial y ello lleva a una inclusión en el régimen general de manera incompleta.

No obstante, los socios trabajadores de las sociedades laborales (art. 136.2 letra d) de la LGSS y ley 44/2015 de sociedades laborales, disp. final 1ª) presentan las siguientes especialidades:

- * Si son de hasta 25 trabajadores, aun cuando formen parte del órgano de administración social, tengan o no competencias directivas, disfrutarán de todos los beneficios de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena que corresponda en función de su actividad, así como la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial.
- * Si son de hasta 25 trabajadores o más, si no son retribuidos por el desempeño del cargo, siempre que tal retribución no derive indirectamente de su relación laboral de alto cargo, en su caso, gozan también de una protección plena. Entendemos vigente la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la ley 27/2011 (STS de 17 de mayo de 1999, Rec. 3046/1998 y STS 17 de febrero de 2009, Rec. 739/2008).

3) Inclusión en el régimen de autónomos (art. 305.2.b) LGSS):

- Los que ejerzan funciones de gerencia o administración o presten servicios retribuidos por cuenta de una sociedad mercantil capitalista siempre que posean el *control efectivo* de ésta, bien por su participación directa o indirecta en el capital social o por cualquier otro medio. La LGSS en su redacción actual recoge como criterio decisivo la participación accionarial, pese a la debilidad del criterio, puramente formal, y a los inconvenientes que puede suponer (cambios accionariales, compra y venta de acciones, etc.) y que se pusieron de manifiesto en el voto particular a la sentencia citada. A tal efecto se establece una serie de presunciones de control efectivo.

Como presunción «*iuris et de iure*»:

- * cuando posean al menos la mitad del capital social (50%).

Como presunciones «*iuris tantum*»:

- * cuando posean una participación igual o superior a 1/3 del capital social.
- * cuando posean una participación igual o superior a 1/4 de las acciones, si tiene atribuido el ejercicio de funciones de gerencia y dirección.
- * cuando posean al menos la mitad del capital social (50%), distribuido entre sus parientes (por consanguinidad, afinidad o adopción) hasta el segundo grado o mediante vínculo conyugal.

No se requiere que el trabajador sea socio, sino que basta que lo sean sus parientes. Tanto en el ET (art. 1.3.e) como en la LGSS se exigen los requisitos de convivencia y dependencia económica para que se presuma la no laboralidad. Cabría demostrar en contrario de esta presunción que no se posee el control efectivo y que no se trata de un trabajo excluido de la relación laboral, a menos que se entienda que ambos son coincidentes. Se discute si tras la ley 50/1998 coinciden el ámbito laboral y el de Seguridad Social. Ni el régimen económico matrimonial de separación de bienes ni la prueba documental de existencia de contrato de trabajo servirían por sí mismos para destruir la presunción.

Al no alterar estas reglas la ley 44/2015 ni la LGSS y al permitir como se ha visto más arriba la constitución si bien de manera temporal de Sociedades laborales de solo dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite establecido en este apartado. Y en este caso al detentar ambos el control efectivo se aplican las reglas de trabajadores por cuenta propia, RETA o REMAR. En tal caso la presunción de control efectivo es «iuris et de iure» y no admite prueba en contrario.

III. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO Y COTIZACIÓN

1. Aspectos generales

En este punto hay que distinguir entre socios trabajadores de cooperativas y socios trabajadores de sociedades laborales. En ambos casos se constituye una empresa separada de sus socios.

En el caso de Cooperativas, una vez efectuada la opción, los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado serán dados de alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda a la actividad de la cooperativa, siéndoles de aplicación en su integridad las normas reguladoras del correspondiente Régimen respecto de la inscripción, en su caso, así como en orden a la afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores, en iguales términos y condiciones que los aplicables al común de los colectivos que formen parte del campo de aplicación de dicho Régimen.

En este sentido en principio en relación con los actos de encuadramiento y cotización y en general respecto de las obligaciones de la cooperativa establece que «cuando la cooperativa de trabajo asociado haya optado respecto de sus socios trabajadores, por su incorporación en el Régimen ge-

neral o en un Régimen especial como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, corresponderán a aquélla todas las obligaciones que en materia de Seguridad Social se atribuyen al empresario». Algo similar viene a recordar el RD 1278/2000 de 30 de junio que modifica el art. 10 apartado 5 del RD 84/1996 de 26 de enero sobre actos de encuadramiento, al añadir también los supuestos de encuadramiento obligatorio en el régimen de trabajadores por cuenta ajena de los socios de explotación comunitaria de la tierra y de los socios de trabajo.

Cuando la opción se produzca en un régimen de trabajadores por cuenta propia la persona jurídica de la cooperativa no aparece ya como empresario a efectos de Seguridad Social, sino que el responsable de los actos de encuadramiento es el socio.

Sin embargo, el propio RD 84/1996 introduce ciertos matices y especialidades. En efecto, las normas de Seguridad Social no olvidan que la cooperativa en definitiva es una organización empresarial distinta de la persona física de los socios con los que no se confunde, lo que añade ciertas especialidades en relación con la figura del trabajador autónomo común del régimen especial de trabajadores por cuenta propia (RETA o REMAR), por lo que la ley en actos de encuadramiento establece una responsabilidad subsidiaria de la cooperativa (art. 40 apartado dos segundo párrafo del RD 48/1996 en la redacción dada por el RD 1278/2000 de 30 de junio).

En materia de cotización cuando la opción es por el régimen de trabajadores por cuenta propia, con la consiguiente obligación de cotizar, el RD 84/1996 (art. 8.3) y el RD 2604/1995 (art. 43.1) contemplan una responsabilidad solidaria de la cooperativa en caso de incumplimiento del socio.

Es difícil entender las razones de esta responsabilidad solidaria pues es como si en el fondo la relación societaria no acabara de encajar en el concepto de trabajador por cuenta propia y se les equiparara a una empresa de trabajadores por cuenta ajena, con un empresario, persona jurídica obligado a ingresar las cuotas para evitar la evasión a la Seguridad Social bajo el argumento lógico de que los trabajadores son autónomos y sujetos obligados y responsables de hacer efectivo el pago y no la empresa de economía social constituida al efecto. También puede verse como una contrapartida de control del cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social en las medidas públicas de apoyo y fomento a las empresas de economía social.

Esa responsabilidad lleva a que la cooperativa como empresa deba abordar cómo asegurar y garantizar el ingreso de las cuotas de los socios trabajadores aun en el régimen de autónomos o trabajadores por cuenta propia para evitar posibles responsabilidades futuras.

Una vía es que la cooperativa, previa deducción de las cuotas de los anticipos, ingrese las cuotas del socio, aunque formalmente quien ingrese las cuotas nominalmente sea éste. Otra posibilidad es que abone al trabajador las cuotas del RETA al hacerle efectivos los anticipos, y sea el socio el que se encargue de hacer el pago. En ambos casos se trata de algo interno, no de una obligación legal expresa que obligue a separar de los anticipos las cuotas de la Seguridad Social. Se trataría de una forma de recaudación interna entre socio y cooperativa, a menos que haya un acuerdo o precepto estatutario que contemple el derecho de todos los socios a que la cooperativa les haga efectivas las cuotas de Seguridad Social. Tal derecho sólo tendrá efectos internos. El art. 43 del RGCL establece claramente que los sujetos obligados y responsables son los propios socios incluidos en el RETA. Incluso en tal supuesto cara a la Seguridad Social la cooperativa no se convierte en sujeto obligado, sino sólo en responsable solidario, de manera que en caso de incumplimientos societarios del socio trabajador de hacer las aportaciones de capital estipuladas, la cooperativa puede reclamar la devolución de las cantidades abonadas por la cooperativa al socio en concepto de cuotas del RETA.

Como dice la doctrina judicial el sujeto pasivo de la cotización es el propio trabajador (art. 43.1 del RGCL 2064/1995) por lo que la cooperativa puede pedirle que reintegre a la misma su importe de acuerdo con el art. 1158 del Código Civil. Por esta razón es el socio trabajador como autónomo a estos efectos el que elige la base de cotización, sin que ésta esté determinada por los anticipos percibidos mensualmente. Es más, algunos estatutos de cooperativas prevén la posibilidad de que el socio por su cuenta pueda cotizar sobre una base superior corriendo a su cargo la diferencia entre el anticipo y la base elegida. De ser esto así, también podrían cotizar por una base inferior sin que ello suponga infracotización ya que ninguna norma establece que la cotización al RETA tenga que guiarse por percepciones reales sino presuntas, por otra parte no salariales, y, por tanto, variables, al ser a cuenta de resultados. Además, en el RETA el autónomo goza de la libertad de elección de la base, salvo en una serie de supuestos ligados a la edad. Corresponde por tanto a los órganos de la Cooperativa determinar lo que cotiza y lo que no.

En caso de impago de las cuotas podría producirse la solicitud de declaración de concurso por parte de la Seguridad Social cuando no se hubieran pagado las cuotas de tres meses consecutivos por parte de la empresa, en este caso de la cooperativa. Cabe plantearse, no obstante, a qué cuotas se refiere. Como el art. 2 de la Ley Concursal no distingue, deben incluirse tanto las cuotas de la empresa respecto de los socios trabajadores cuando la

cooperativa haya optado por el régimen de trabajadores por cuenta ajena como la de los propios socios cuando haya optado por la de trabajadores por cuenta propia ya que la cooperativa es responsable solidaria de su ingreso.

La legislación cooperativa no contiene muchas precisiones sobre la determinación y estructura del anticipo societario, lo que puede tener incidencia en las bases de cotización. Un cierto principio de proporcionalidad se predica respecto del retorno cooperativo (art. 58.5 de la ley 27/1999). Y el art. 80.4 referido a las cooperativas de trabajo asociado establece sobre el anticipo que *«los socios trabajadores tienen derecho a percibir periódicamente, en plazo no superior a un mes, percepciones a cuenta de los excedentes de la cooperativa denominados anticipos societarios que no tienen la condición de salario, según su participación en la actividad cooperativizada»*. Respecto de los socios de trabajo, la ley 27/1999 (art. 13.4) los equipara a estos efectos a los socios trabajadores y dice que los estatutos deberán fijar los criterios que aseguren la equitativa y ponderada participación de estos socios en las obligaciones y derechos de naturaleza social y económica. Las pérdidas se imputarán al fondo de reserva y en su defecto a los socios usuarios, en la cuantía necesaria para garantizar a los socios de trabajo una compensación económica igual al 70 % de las retribuciones satisfechas en la zona por igual trabajo y en todo caso no inferior al importe del salario mínimo interprofesional. En ocasiones se fija por la ley autonómica de cooperativas una cuantía mínima del anticipo, normalmente el promedio de la zona o sector por categorías profesionales bien con carácter general, bien cuando la cooperativa es dependiente económicamente de un solo cliente, del que obtiene el 80% de sus ingresos o cuando resulte aplicable el convenio colectivo del sector por remisión.

Lo cierto es que ya de entrada no resulta clara la determinación de las cuantías que integran la base de cotización cuando se ha optado por el régimen de trabajadores por cuenta ajena. Surge la cuestión de si prevalece la autonomía societaria para fijar una retribución de forma diferente aunque las normas de cooperativas digan que será en proporción a la actividad cooperativizada. O bien si tal opción determina por sí misma la existencia de una determinada estructura del anticipo próxima a la configuración de la retribución del trabajador por cuenta ajena por asimilación limitando la autonomía societaria (salario, en dinero, en especie, salario base, complementos salariales, percepciones extrasalariales, y sus reglas correspondientes a efectos de la cotización a la Seguridad Social) o por aplicación del convenio sectorial correspondiente por la vía de la remisión o referencia de la ley autonómica o de los estatutos de la sociedad cooperativa. Lo mismo

cabe decir respecto de las pagas extraordinarias y de vencimiento superior al mes, salvo que por aplicación de normativa autonómica se equiparen a salario. Según la ley 27/1999 se consideran siempre retorno cooperativo, no voces salariales. Tampoco es segura la cotización adicional de las horas extraordinarias, dada la dificultad para saber cuándo existen, si no se establece con claridad la propia jornada ordinaria. Sí que cabrá, en cambio, en trabajo a tiempo parcial realizar horas complementarias que deben quedar claramente diferenciadas.

Si se opta por el régimen de trabajadores por cuenta ajena en el caso de socios trabajadores, hay que tener en cuenta que en principio no regirían las normas señaladas para los trabajadores (plantilla externa) ya que no nos encontramos ante los conceptos de salario, complementos salariales y percepciones extrasalariales, pues, como se acaba de señalar, el anticipo es a cuenta del retorno cooperativo y no es salario en sentido técnico-jurídico.

Normalmente no se fijan cuantías máximas de anticipos, salvo en general en todas las cooperativas para conservar su naturaleza de fiscalmente protegidas (art. 8.2 de la ley 20/1990 de 19 de diciembre), lo que pone de manifiesto que a efectos fiscales el anticipo se considera globalmente junto con el retorno. También se contemplan topes máximos en determinadas cooperativas, como las de iniciativa social, por su ausencia de ánimo de lucro. En tal caso el tope es inferior al común por motivos fiscales (150 % del salario de convenio en función de la actividad y categoría profesional, frente al común de 200 %), lo que resulta incomprensible y criticable sobre todo si se tiene en cuenta que esta clase de cooperativas no pueden distribuir beneficios, excedentes (art. 106.1 ley 27/1999), por lo que el anticipo constituirá la única compensación del trabajo aportado (art. 57.5 de la ley 27/1999), sin que se amortigüen tales limitaciones y perjuicios con otras compensaciones a los socios trabajadores, pues se establecen también restricciones en las remuneraciones al capital social (disp. ad. 1ª b) de la ley 27/1999).

En ambos casos la cooperativa que haya optado por el régimen de trabajadores por cuenta ajena, especialmente del Régimen General, deberá encuadrar a los socios trabajadores y a los socios de trabajo en los grupos de cotización del régimen general y serán de aplicación las reglas sobre bases mínimas y máximas y declarar la cuantía de los anticipos societarios y los derechos económicos de los socios de trabajo.

Pese a todo, no es fácil concluir si la cooperativa a efectos internos debe calcular los mencionados conceptos para determinar la cuantía del anticipo societario. A favor de una respuesta positiva podría argumentarse que

la opción por el régimen general debe suponer también la aplicación análoga de las normas laborales y también que cabe que la ley autonómica correspondiente refuerce la «laboralización» de la cooperativa y remita la cuantificación de los anticipos al convenio colectivo sectorial del ámbito geográfico y de actividad de la cooperativa. Sin embargo, pese a todo, no están totalmente resueltos los condicionamientos derivados de la existencia de tales bases de cotización del régimen de trabajadores por cuenta ajena, pues, si la cooperativa ha optado por tal encuadramiento, queda la duda de si ello supone un compromiso de garantizar que los anticipos alcancen las bases mínimas de cotización del Régimen General. No parece lógico que se declaren a efectos de Seguridad Social unos anticipos que deben alcanzar las bases mínimas, pero que no se perciban realmente, vengán fijados o no por referencia al convenio, por lo que nos inclinamos por aplicar éstas en todo caso, salvo que la cooperativa declare y haga efectivos anticipos superiores. Cabrá, sin embargo, plantearse si hay que determinar primero la cuantía de los anticipos según las normas aplicables de carácter interno, no necesariamente laborales, y posteriormente traducirlos a la base de cotización, o si cabe actuar al revés, esto es, si el hecho de cotizar al Régimen General debería llevar a que tengan que abonarse los salarios del convenio, y no sólo las bases mínimas.

Otra cuestión es cómo repercute en la cotización a la Seguridad Social el establecimiento de anticipos inferiores o la reducción de los mismos, por causas económicas o modificación de los estatutos, por tratarse de normas de orden público, no societarias. O bien se admite que la cotización depende de la cuantía que tenga en cada momento el anticipo, teniendo en cuenta el juego de las bases mínimas, o bien se deben adoptar los niveles medios salariales de la zona o sector establecidos en el convenio colectivo o el salario mínimo interprofesional cuando así se contemple en la ley autonómica. Nos inclinamos en principio por la autonomía societaria salvo cuando la ley autonómica contemple la referencia al convenio colectivo o al salario mínimo interprofesional. En cualquier caso sin que se apliquen los preceptos del ET sobre salario ni sobre descuelgue (art. 82.3), sino la autonomía societaria, como se verá mas abajo en situaciones legales de desempleo y suspensión, reducción o modificación del anticipo.

Sin embargo, cuando la cooperativa ha optado por el régimen de trabajadores por cuenta propia, en este régimen tampoco se exige, sino que se presume, que la base mínima deba corresponder a los ingresos reales, salvo algunas excepciones en cuanto a la determinación de las reglas comunes de origen jurisprudencial en el RETA sobre el requisito de la habitualidad, cuando no se alcancen rendimientos equivalentes al SMI. Ya se vio al res-

pecto como en las cooperativas de venta ambulante se contemplan bases inferiores a la mínima.

En todo caso tanto la cotización como su bonificación derivada de programas de fomento del empleo no vienen condicionadas a que la cooperativa garantice la aplicación efectiva y real de los salarios «de mercado» en virtud de la referencia a los convenios colectivos aplicables por razón del sector de actividad, sino solo al encuadramiento en régimen de trabajadores por cuenta ajena.

Todas estas cuestiones no se plantean en sociedades laborales pues su encuadramiento sin más en el régimen de trabajadores por cuenta supone una asimilación total, salvo las peculiaridades vistas más arriba para los administradores, a los trabajadores por cuenta ajena del sector. Se aplica por tanto lo previsto en el ET y en el convenio colectivo aplicable. No se contemplan responsabilidades subsidiarias o solidarias de los socios trabajadores en materia de actos de encuadramiento ni de cotización, sino que se aplican las normas comunes de las demás empresas.

2. La cotización a tiempo parcial

La cuestión del tiempo parcial en las cooperativas no se ha situado tanto en una problemática laboral sino en la de Seguridad Social. Es decir, las cooperativas partiendo de su autonomía societaria para determinar las modalidades de trabajo en función de sus necesidades productivas pueden determinar el *quantum* de la participación societaria, de la actividad cooperativizada a tiempo completo o a tiempo parcial o de campaña o temporada o discontinua. Esa posibilidad siempre ha existido. Algunas leyes autonómicas de cooperativas contemplan que el trabajo en la cooperativa podía ser a tiempo completo o a tiempo parcial. El problema era si tal parcialidad se traducía en una cotización a tiempo parcial, como en los trabajadores por cuenta ajena o no.

El RD 1278/2000 de 30 de junio desarrollar la Ley de Cooperativas y proceder a modificar los Reglamentos Generales de encuadramiento (RD 84/1996, art. 41.4) y de cotización (RD 2064/1995 de 22 de diciembre, a cuyo art. 65 al que añade dos nuevos apartados, el 5 y el 6) para aplicar lo dispuesto en sus números 1, 2 y 3 que regulan la cotización del trabajo a tiempo parcial, teniendo en cuenta las reformas operadas en el mismo en los últimos años.

Extiende la cotización a tiempo parcial a socios trabajadores, cuando hayan optado por un régimen de trabajadores por cuenta ajena salvo en los

sistemas especiales en que la cotización no dependa de la remuneración, como el del tomate fresco para la exportación, a los socios de trabajo y a los de explotación comunitaria de la tierra (ats. 41.4 del RD 84/1996 y art. 65 del RD 2064/1995).

El Real Decreto adopta el parámetro del trabajo a tiempo parcial del art. 12 del ET tal como se configuró en su momento en el RDL 15/1998, esto es, «cuando las horas de trabajo al día, a la semana, al mes o al año, sean inferiores al 77 % de la jornada a tiempo completo fijada en el convenio colectivo aplicable en el sector de actividad y ámbito geográfico de la cooperativa o, en su defecto, de la jornada laboral ordinaria máxima legal». Y así ha quedado el concepto anclado en aquella regulación por lo que habrá que adaptarlo a los cambios legislativos posteriores. Este es uno de los problemas interpretativos que se producen cuando se lleva a cabo una regulación por remisión a una norma determinada y precisa en el tiempo, sin tener en cuenta que puede luego ser modificada, en lugar de hacerlo a la regulación genérica de la institución de que se trate. De ahí que haya que completarlo con otras normas sobre seguridad social y trabajo a tiempo parcial que además contemplan también a los fijos discontinuos y los fijos a tiempo parcial (RD 1131/2002).

Por razones teleológicas y por la remisión al propio convenio colectivo como punto de referencia que lleva a cabo el RD 1278/2000, habrá que tenerlo en cuenta, lo que no significa, sin embargo, que resulte de aplicación directamente el convenio colectivo. Sin embargo, a nuestro juicio las prescripciones establecidas en el RD 1278/2000 no parecen ser más que descriptivas pues se deja libertad para que por la vía interna se determine el número de horas al día, al mes o al año que se van a prestar, por lo que no creemos que afecte al sistema de fuentes.

Otra cuestión será si cabe trasladar el concepto de horas complementarias sólo contempladas lógicamente en el marco de un contrato de trabajo. Sin embargo, una vez que la cooperativa utiliza la figura del trabajo a tiempo parcial dadas sus implicaciones en materia de Seguridad Social deberá adoptar, al menos, en su caso, el concepto de horas complementarias a efectos de su cotización a la Seguridad Social.

El Real Decreto, a diferencia de la opción de encuadramiento, no exige que todos los socios trabajadores lo sean a tiempo completo o a tiempo parcial, sino que permite tácitamente diferenciar dentro de la actividad cooperativizada distintas situaciones, unas a tiempo completo, otras a tiempo parcial, incluidos los fijos discontinuos. Tampoco fija plazo algunos de duración de la situación, por lo que será la que decidan los propios órga-

nos de la cooperativa, bien en relación con la actividad parcial cooperativizada con la que se inició su vinculación con la cooperativa, bien con la sobrevenida de un socio trabajador que inició su relación a tiempo completo, aunque esta segunda situación es más compleja, como se verá más abajo. Y por ello proceder a las modificaciones de la jornada que estime convenientes sin que se trate de un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 del ET, salvo si la ley autonómica o los estatutos así lo contemplan, aunque sí deberá someterse al procedimiento de constatación del RD 43/1996 si, de ser temporal, solicita la prestación de desempleo (vide infra).

La modalidad de cotización a tiempo parcial no se aplica a los incluidos en el régimen de autónomos. De ahí los fenómenos vistos más arriba de falsas cooperativas de trabajo asociado constituidas por autónomos con la finalidad de ajustar la cotización al tiempo de trabajo real sin la obligación de cotizar por la base mínima como regla general. Se trata de un problema más amplio sobre la cotización en el RETA, esto es, al debate sobre la introducción en el mismo de situaciones de cotización a tiempo parcial, cuestión que no podemos abordar aquí.

Finalmente desde la Orden de cotización de 18 de enero de 2006 (art. 36) se han venido fijando bases mínimas especiales de cotización a tiempo parcial en caso de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que hubieran optado en sus estatutos por asimilar a los socios trabajadores a trabajadores por cuenta ajena, incluidos en razón de la actividad de la cooperativa, en el Régimen General de la Seguridad Social, en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar o en el Régimen Especial para la Minería del Carbón. Y se mantiene actualmente tal especialidad (véase el art. 41 de la Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero). Se establece así una base mínima aproximada a lo que supondría una jornada de 1/4 de la completa.

3. Bonificaciones en la cotización y programas de fomento del empleo

La inserción del trabajo asociado como destinatario de medidas de fomento del empleo estable supone una mayor aproximación al trabajo por cuenta ajena que al trabajo autónomo, en sentido estricto. Y también para el legislador, pues así se deduce de la exigencia de que la cooperativa haya optado a efectos de Seguridad Social por un régimen de trabajadores por cuenta ajena, requisito que se ha ido generalizando en estos últimos años y que constituye una medida indirecta de promoción de esta opción de encuadramiento. En segundo lugar, supone una cierta identificación del

trabajo asociado en cooperativa con el trabajo estable o con vocación de permanencia o estabilidad.

La posible participación de las cooperativas de trabajo asociado en los programas de fomento del empleo no es una novedad reciente, sino que se remonta a las medidas concretas que se fueron contemplando en los años ochenta. La generalización de las medidas de fomento de empleo se ha producido, no obstante, con la disposición adicional duodécima de la LGC 27/1999 de 16 de julio que establece que *«serán de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado y a los socios de trabajo de las otras clases de cooperativas todas las normas e incentivos sobre trabajadores por cuenta ajena que tengan por objeto la consolidación y creación de empleos estables, tanto las relativas a la Seguridad Social como a las modalidades de contratación»*. Tienen derecho, por tanto, a las bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena de los programas que tengan el objetivo citado.

No obstante, ese carácter de generalidad se ha tenido que ir consolidando y perfilando en normas laborales específicas, dadas el alcance limitado del ámbito de aplicación de la LGC (art. 2) y ha ido contemplando caso por caso la extensión de medidas de fomento del empleo a las cooperativas de trabajo asociado y a las sociedades laborales desde la ley 53/2002. En este sentido dentro de las medidas que tengan por objeto la «consolidación y creación de empleos estables» se incluyen todas las medidas estatales —las autonómicas se regulan por su propia normativa, que o bien contemplan como destinatarios específicos las cooperativas de trabajo o bien se les extienden las mismas medidas de fomento regional de empleo que a los trabajadores por cuenta ajena— que persiguen fomentar la contratación o el mantenimiento en el empleo de determinados colectivos o sectores de la población laboral e insertarlos en el mercado de trabajo.

También se incentiva la contratación indefinida, en el caso de las cooperativas la de socio indefinido, por transformación de contratos o relaciones societarias temporales (incluidos los de formación y prácticas) ya fueran a tiempo completo o parcial en fijos a tiempo completo o fijos discontinuos.

Las cooperativas pueden utilizar el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores y sus ventajas laborales, e incluso combinarlo con la llamada tarifa plana (RDL 1/2015) si bien en tal caso no pueden disfrutar de los beneficios de Seguridad Social.

Determinados programas sólo pueden celebrarse por pequeñas o microempresas, como la contratación indefinida de un joven por microempresas y empresarios autónomos (igual o inferior a 9 trabajadores) (RDL

4/2013) o el mencionado contrato indefinido de apoyo a emprendedores (menos de 50 trabajadores) (RDL 3/2013 y ley 3/2012).

Otras bonificaciones vigentes tras el RDL 20/2012 son las contempladas para diversos colectivos en la ley 43/2006, con sus modificaciones posteriores, cuyo art. 1.2 menciona expresamente como posibles beneficiarios de estas medidas las cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena. También podrán ser beneficiarios de dichas bonificaciones en el caso de transformación de contratos temporales en contratos o vínculos societarios indefinidos, en los supuestos incluidos en este programa de fomento del empleo.

En otros supuestos se abordan ciertas situaciones como el cambio de puesto por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, (desde la Ley 51/2007 de 26 de diciembre (DA. 5ª), por con enfermedad profesional (RD 1430/2009 de 11 de septiembre), que se contemplan reiteradamente en las Leyes de Presupuestos, contratos de interinidad para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento preadoptivo o permanente o suspensión por paternidad (RDL 11/1998 modificado por la ley 3/2007, disp. ad. 15ª) y de sustitución de bajas por incapacidad temporal de discapacitados (disp. ad. 9ª de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre), contratación de interinos durante excedencia por cuidado de hijo o de familiares (disp. ad. 21ª del ET). Para hacer frente a la sustitución de los socios trabajadores las cooperativas pueden, además, recurrir a socios temporales o a trabajadores con contrato de trabajo de interinidad.

Por otra parte el RDL 3/2014 de 28 de febrero sobre medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida estableció una cotización tarifada —la llamada «tarifa plana reducida»— a la Seguridad Social sensiblemente inferior a la común en ciertos supuestos como medida de fomento del empleo indefinido. Se ha mantenido con modificaciones por el RDL 1/2015 de 27 de febrero (art. 8). Puede además combinarse con la contratación indefinida con trabajadores inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 105 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre. En este programa de «tarifa plana reducida» se menciona de manera expresa su aplicación a las cooperativas de trabajo asociado o de servicios en el supuesto de personas que se incorporen como socios trabajadores o socios de trabajo de las cooperativas, siempre que estas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena, o ya se encuadren rnn el

mismo, como los socios de trabajo, así como a los que se incorporen como socios trabajadores de las sociedades laborales.

El sistema de garantía juvenil, por su parte, regulado por el RDL 8/2014 de 4 de julio modificado por el RDL 6/2016 de 23 de diciembre, contempla nuevas medidas de apoyo a la contratación para este colectivo. Y también menciona de manera expresa a los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas y sociedades laborales, así como a las empresas de inserción que contraten a trabajadores en situación de exclusión social incluidos en el artículo 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

IV. ACCIÓN PROTECTORA

Nos interesa en este punto entrar en una comparativa en el funcionamiento de la acción protectora de la Seguridad Social entre Cooperativas y sociedades laborales. En primer lugar porque la opción de la Cooperativa de trabajo asociado por un régimen de trabajadores por cuenta propia y la aplicación del RETA o REMAR ya supone una diferencia importante (riesgos profesionales y su propio concepto y alcance, requisitos para el acceso a las prestaciones como el de estar al corriente de pago de las cuotas, la inaplicación del régimen de integración de lagunas, recargo de prestaciones, prestaciones específicas como la de cese de actividad, regulación diferenciada en algunos grados de la incapacidades, etc.).

En segundo lugar porque cuando el régimen aplicable a ambas sociedades coincide al ser el de trabajadores por cuenta ajena cabe señalar algunas diferencias derivadas de que mientras los socios trabajadores de las sociedades laborales celebran contrato de trabajo en las cooperativas de trabajo no existe la nota de ajenidad y dependencia sino que el trabajo es una aportación societaria. En cooperativas de pequeñas dimensiones puede resultar artificial la diferencia entre la cooperativa como empresa obligada a pagar las cuotas y los propios socios trabajadores, pero la ley no hace distinción alguna por lo que deben jugar las mismas reglas que en trabajadores por cuenta ajena.

Esta configuración de la cooperativa a diferencia de las sociedades laborales plantea numerosos problemas en materia de acción protectora en la medida en que en las normas reguladoras de las prestaciones los referente que se toma en el régimen general la figura del trabajador con contrato de trabajo por lo en caso de cooperativa su alcance no es el mismo o requiere una continua adaptación de un régimen que opera en realidad por asimila-

ción a las categorías laborales, lo que no ocurre en las sociedades laborales. Así por ejemplo, en caso de jubilación anticipada, pues el art. 161.bis.2.A LGSS —actual art. 207 TRLGSS 2015— utiliza los términos «extinción del contrato de trabajo» y «situaciones de reestructuración empresarial que impidan la continuidad de la relación laboral». Ha tenido que recordado la doctrina judicial que no es cláusula de cierre de la labor hermenéutica, sino que ésta ha de ser acorde con lo regulado en otras normas que puedan tener incidencia en el régimen jurídico de la institución de que se trate, prevaleciendo en todo caso lo que resulte de una exégesis armonizadora de ese conjunto normativo. Y así pese a su conexión con el art. 208 LGSS —actual art. 267 del TRLGSS— aunque las mismas estén contempladas en una norma que no sea el ET al que hace referencia dicho precepto se toman en cuenta a efectos de la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador, la exégesis ha de ser amplia y favorable a la protección de las situaciones de necesidad protegidas por nuestro sistema público garantizadas por la norma fundamental, en cuanto inherentes al estado social y de derecho.

Por las mismas razones ha tenido que ser una norma expresa, el RDL 5/2013 de 5 de marzo el que contemplara expresamente la extensión de la jubilación parcial (disp. ad. sexagésima cuarta, actual art. 215.5 del TRLGSS) a los socios de cooperativas, siempre que estén incluidos en el sistema de seguridad social como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, que reduzcan su jornada y derechos económicos en las condiciones previstas en el artículo 12.6 del ET y cumplan los requisitos establecidos en el artículo 166.2 de la LGSS —actual art. 215 TRLGSS—. Lo que ha exigido crear una especie de contrato de relevo mercantil por analogía adaptando este requisito al mundo cooperativo.

En cuanto a la responsabilidad en materia de prestaciones, pese a la opción de aseguramiento en un régimen de Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena, dadas las peculiaridades del trabajo asociado y su aproximación a trabajo colectivo y organizado empresas autogestionadas se ha planteado si en caso de incumplimientos por la cooperativa de las obligaciones de dar de alta y cotizar entrarían en juego los mecanismos de garantía de las prestaciones de que gozan los trabajadores por cuenta ajena frente a las empresas incumplidoras, esto es, el art. 126 LGSS de 1994 (actual art. 167 del TRLGSS de 2015).

Se trata de un instrumento de reacción del legislador para proteger al trabajador que debe jugar también en el caso de los socios trabajadores, socios de trabajo y socios de explotación comunitaria de la tierra., entendiendo que una cosa es la persona jurídica constituida como empresario y

otra los socios que constituyen la empresa. A favor se ha inclinado la doctrina judicial.

En cambio, cuando la opción es por un régimen de Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia no resulta aplicable el art. 167 del TRLGSS, previsto solo para el régimen de trabajadores por cuenta ajena.

No hay duda alguna en relación con la aplicación del recargo de prestaciones en sociedades laborales. En el caso de cooperativas de trabajo asociado, si la cooperativa ha optado por encuadrarse en un régimen de trabajadores por cuenta ajena, parece no haber duda alguna de que ante incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales procedería en su caso la aplicación del recargo de prestaciones como asimilados a trabajadores por cuenta ajena según los arts. 8.4 y 9 del RD 84/1996 en su apartado 4. Ello comporta la asimilación de los socios trabajadores a los trabajadores por cuenta ajena y la aplicación a los mismos de las normas legales y reglamentarias reguladoras del indicado régimen entre las que se encuentran los arts. 115 y 123 LGSS —actualmente arts. 156 y 164 LGSS 2015—, relativos a la acción protectora y por tanto su plena protección frente a las contingencias profesionales y el derecho al recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo. Otra cuestión algo paradójica será su valor económico para la «empresa», que en la cooperativa tomada como tal, implica una responsabilidad de carácter patrimonial que, en su caso, habrá de traducirse, o repercutir en las consecuencias que al socio trabajador afectado, —como al resto de socios— le suponga el desembolso que supone la responsabilidad del pago de la deuda social con cargo al capital de la sociedad. Sin embargo, algo similar puede ocurrir en la sociedad laboral pese a su diferente configuración jurídica.

Finalmente ocurre algo similar en las prestaciones por desempleo cuando la cooperativa de trabajo asociado ha optado por un régimen de trabajadores por cuenta ajena. Pese a tal opción, al alcance de la acción protectora es inferior, lo que no ocurre en las sociedades laborales (RD 1043/1985 modificado también por la ley 43/2006 de 29 de diciembre (art. 16) para incluir a los socios con vínculo temporal. Estas normas reglamentarias y la no aplicación directa del TRLGSS plantea numerosos problemas interpretativos y aplicativos. En primer lugar porque no contemplan las mismas situaciones legales de desempleo que en el TRLGSS para los trabajadores del régimen general (art. 262 y ss. TRLGSS). Y se mantiene como normativa especial. Pese a que la disposición final 2ª del RD 42/1996 de 19 de enero señale que en lo no contemplado expresamente en el Real Decreto será de aplicación lo establecido con carácter general en el TRLGSS, en la práctica no se ha aceptado la posibilidad de acudir al mismo para suplir la falta de

protección ante ciertas situaciones legales de desempleo no contempladas en las citadas normas reglamentarias y sí, en cambio, en el TRLGSS.

En cuanto al ámbito subjetivo hay que señalar que en caso de opción por trabajadores por cuenta ajena se discute en la doctrina judicial si se aplica lo que establecía la disp. ad. 27^a LGSS —actuales arts. 136.2.c) y 305 TRLGSS 2015— pues solo contempla sociedades capitalistas. Y además el desempeño de tales cargos no supone la pérdida de la inclusión en el régimen de trabajadores por cuenta ajena en cooperativas de explotación comunitaria de la tierra. No obstante, hay doctrina judicial que declara aplicable también a las cooperativas las normas generales de encuadramiento de administradores y socios de sociedades capitalistas. Téngase en cuenta que la situación puede complicarse en aquellos casos en que de acuerdo con lo previsto en la ley autonómica de cooperativas la cooperativa adopte la figura del administrador único, sea socio o no, o de administradores solidarios o mancomunados para dirigir la cooperativa. También cuando la cooperativa se constituya con solo dos socios. También las sociedades laborales tras la ley 44/2015 (art. 1.2.b)) pueden estar constituidas por dos socios, si bien sólo durante el plazo de 36 meses, estando el capital social y los derechos de voto repartidos entre ambos al 50%. De ahí que la Seguridad Social aplique a los mismos las reglas comunes de encuadramiento de ambos socios en el régimen general de la Seguridad Social pero sin desempleo, al tener control efectivo.

En cooperativas de trabajo asociado solo se contemplan como situaciones legales de desempleo las siguientes: el cese en la prestación de trabajo, con carácter definitivo, por razón de expulsión improcedente o causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor, y de no culminación del período de prueba por los aspirantes a socios, y también en los supuestos de cese en la prestación de trabajo con carácter total y temporal, o parcial, y permitieron el acceso a la prestación a los socios de trabajo de.

naturaleza temporal. Esta regulación reglamentaria ha planteado problemas aplicativos, pues no se sabe muy bien si la lista de situaciones legales de desempleo es cerrada o si cabe suplirse por el TRLGSS, que en principio actúa como supletorio. Y así se ha entendido en cuanto a si en las situaciones legales de desempleo se contemplan socios cooperativistas trabajadores de temporada o fijos discontinuos (RD 1278/2000, de 30 de junio que remitiría a la normativa del trabajo a tiempo parcial y fijos discontinuos, el RD 1131/2002, de 31 de octubre).

Así, en principio el RD 1043/1985 contempla la expulsión improcedente, no la procedente, a diferencia de la prestación por desempleo de los tra-

bajadores con contrato laboral, que además no precisa de recurso contra el despido. (arts. 267.1.a.3) y 268.4 del TRLGSS). Tampoco se contempla la baja voluntaria sin causa justificada ni por causas justificadas en supuestos que podrían asimilarse a los de los arts. 40, 41 y 50 del ET.

El RD 1043/1985 contempla como situación legal de desempleo la baja por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor. Y en caso de cese temporal, el RD 43/1996 contempla las mismas causas. En cualquier caso hay que entender incluidas también las organizativas y productivas.

V. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se han abordado desde el punto de vista de la protección social las diversas formas de cooperativas, desde las de trabajo asociado, los socios de trabajo de las de servicio y las de explotación comunitaria de la tierra hasta las agrarias, las de profesionales y las llamadas cooperativas de autónomos. El régimen jurídico es muy diverso, si bien hay que partir de la diferencia entre cooperativas de trabajo y cooperativas de servicios. Y entre cooperativas y sociedades laborales.

Las cooperativas de trabajo asociado presentan ciertos perfiles de flexibilidad en cuanto al alcance de la cobertura y de los costes en relación con el trabajo laboral por cuenta ajena lo que se utilizan en muchas ocasiones, sean verdaderas o falsas, como una vía de huida del Derecho del Trabajo.

En las de servicios constituidas por autónomos de la industria, de los servicios o agrarios, nos encontramos también con procesos de huida del RETA para acogerse a ciertas modalidades de cotización, a tiempo parcial, o a la cobertura de desempleo, mediante la constitución de cooperativas de trabajo asociado aparentes que vienen a encubrir un trabajo que sigue desarrollándose de manera autónoma.

Las cooperativas agrarias, constituidas por trabajadores agrarios por cuenta propia, a la hora de contratar mano de obra se encuentran con los problemas tradicionales de encuadramiento al tenerse que precisar el concepto de labor agraria para trazar la frontera entre el SETA y el SETACA. A falta de desarrollo reglamentario del TRLGSS todavía hay que recurrir al Reglamento del REASS y a su interpretación jurisprudencial.

En relación con las cooperativas de trabajo asociado no se ha optado por crear un régimen especial de Seguridad Social, sino que la ley contempla una opción entre el régimen de trabajadores por cuenta ajena y el de por cuenta propia, y a las demás las incluye ya directamente en el régimen

especial correspondiente, RETA, REMAR o mediante opción en las Mutualidades alternativas de profesionales colegiados. Y a los socios de trabajo de las cooperativas de servicios y a los socios de explotación comunitaria de la tierra los incorpora sin más al régimen de trabajadores por cuenta ajena que corresponda en razón de la actividad.

Todo ello condiciona aspectos fundamentales de la acción protectora. Pese a que no se ha creado un nuevo régimen de Seguridad Social ello no impide que en cooperativas de trabajo asociado, de explotación comunitaria de la tierra y en socios de trabajo nos encontremos con ciertas especialidades que en ocasiones modulan la protección social común contemplada en el actual TRLGSS y sus normas de desarrollo. La regulación de la Seguridad Social de las cooperativas se ha producido fuera del TRLGSS, por normas propias de nivel reglamentario. Ello ha dado lugar a una regulación que presenta numerosas desigualdades de tratamiento en comparación con los trabajadores por cuenta ajena, pese a que la cooperativa de trabajo haya optado por tal régimen de protección. También nos encontramos con problemas específicos en algunas prestaciones, y con desigualdades en función de la opción de encuadramiento de la cooperativa que difícilmente encuentran justificación, especialmente en materia de recargos de prestaciones y en situaciones legales de desempleo. Lo mismo ocurre entre prestación de desempleo y prestación de cese de actividad, tanto en las situaciones protegidas como en la forma de acreditarlas. De otra parte, la aplicación del TRLGSS muchas veces no contempla adaptaciones a las peculiaridades de la relación societaria generándose dificultades aplicativas que han tenido que ir resolviéndose bien mediante nuevas regulaciones legales, como en jubilación parcial, o reglamentarias, al quedar ya lejana la de 1985, como en trabajo a tiempo parcial y desempleo por suspensión o reducción de jornada, o, finalmente, mediante la labor interpretativa de los tribunales.

Todo ello pone de manifiesto que la materia está necesitada de una regulación legal propia mediante una modificación del TRLGSS que venga a precisar ya claramente muchos de esos aspectos y a corregir ciertas desigualdades injustificadas. Especialmente dada las dificultades del Tribunal Constitucional para aplicar el principio de igualdad en materia de Seguridad Social, aunque en este caso no se trate solo de una comparativa entre el Régimen general y los regímenes especiales, sino entre colectivos dentro del propio Régimen General. Pese a que nada impide analizar los tratamientos diferentes para verificar si son objetivos y razonables, en su consideración global, y teniendo en cuenta sus características especiales, la proyección de control del art. 14 sobre el artículo 41 de la Constitución

es débil, pese a que no siempre sea convincente la razonabilidad de la diferencia de regulación. Al contrario, es frecuente que el Tribunal Constitucional acabe alegando razones económicas, peculiaridades laborales, socioeconómicas, históricas, productivas o de otra índole, cuando no finalmente, sin más, la libertad de regulación y configuración del sistema de Seguridad Social y del alcance de la acción protectora por el legislador ordinario para no entrar a valorar estas desigualdades.

Dirección de Recursos Humanos en empresas de participación. Fundamentos teóricos

WALDO E. ORELLANA ZAMBRANO

*Profesor Titular de Organización de Empresas
Universitat de València*

MANUEL MONREAL GARRIDO

*Profesor Titular de Organización de Empresas
Universitat de València*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA EMPRESA DE PARTICIPACIÓN COMO EQUIPO PRODUCTIVO. III. CONTEXTO ORGANIZATIVO DE LA EMPRESA DE PARTICIPACIÓN. IV. GOBIERNO DEL TRABAJO EN LA EMPRESA DE PARTICIPACIÓN. V. COMPORTAMIENTO EN LA EMPRESA DE PARTICIPACIÓN. 1. Formas o estilos de comportamiento en la empresa. 2. Comportamiento, áreas de ejercicio de la racionalidad, e incentivos. 2.1. Formas de comportamiento en la empresa en un contexto organizativo de mayor ejercicio de la racionalidad. 2.2. Formas de comportamiento en la empresa en un contexto organizativo de menor ejercicio de la racionalidad. VI. DIRECCIÓN DE RECURSOS HUMANOS EN UN CONTEXTO ORGANIZATIVO PARTICIPATIVO. ORIENTACIONES DEL COMPORTAMIENTO Y POLÍTICAS DE RECURSOS HUMANOS. VII. CONCLUSIONES. Bibliografía.

RESUMEN: A partir de la integración de las principales teorías sobre gobierno del trabajo y sobre comportamiento en las organizaciones, se formulan los fundamentos de la Dirección de Recursos Humanos en las organizaciones y en las empresas en que sus trabajadores participan en la propiedad de la empresa y en sus decisiones estratégicas, ya sea de forma directa o a través de sus órganos representativos (empresas de participación). Asimismo, se demuestra que el contexto organizativo que generan las relaciones entre iguales difiere sustancialmente de las empresas capitalistas tradicionales y por tanto la Dirección de Recursos Humanos debe adecuarse a dicho contexto participativo, utilizando mecanismos de coordinación del trabajo innovadores que promuevan la motivación por valores, fundamentalmente.

I. INTRODUCCIÓN

El elemento clave en toda organización son las personas: aportan su talento y tienen la responsabilidad de llevar a cabo las actividades necesarias

para cumplir con los objetivos que la organización se plantee. Asimismo, bajo una adecuada dirección, pueden llegar a constituirse en un recurso intangible fundamental para la empresa. Por ello la Dirección de Recursos Humanos (DRH) es una disciplina en auge y con mayor relevancia en el *management*.

La concepción moderna de la DRH contempla múltiples acciones y actividades, según se desprende de su definición: «... conjunto de políticas, prácticas y medidas organizativas que la empresa se plantea para conseguir la adecuada estructura humana y las tareas y propósitos organizativos...». Asimismo, la DRH debe «... dotar en todo momento a las personas que la componen de las capacidades necesarias; y de los alicientes que provoquen el interés máximo por la empresa, sus objetivos y las tareas» (Herrera, 2000: 49; García-Tenorio y Sabater, 2004).

En esta definición, que viene a clarificar la diversidad terminológica existente para referirse a la función de recursos humanos en la empresa, destacan dos elementos clave, que se analizarán aquí: a) la adecuación de las personas a las tareas que realiza la empresa; y b) la necesidad de proveer a las personas de los alicientes e incentivos necesarios para obtener de ellas su implicación máxima en las tareas y en la organización a la que pertenece.

Por otra parte, en un contexto organizativo participativo, como el que corresponde a las denominadas empresas de participación, la DRH supone un desafío adicional para la gerencia de estas empresas, puesto que las prácticas y políticas de recursos humanos, además de ser eficientes y consistentes entre sí, deben ajustarse al contexto organizativo de la empresa de participación, que se caracteriza por relaciones contractuales entre iguales, y por tanto difiere diametralmente del contexto jerárquico que es propio de la empresa capitalista tradicional.

Relacionado con lo anterior, este trabajo propone un modelo para establecer políticas de recursos humanos consistentes con el contexto organizativo participativo en el que se aplican, teniendo en cuenta aspectos contractuales y de ordenación de incentivos, todo ello bajo los fundamentos de la Teoría de los Costes de Transacción, que promueve estructuras eficientes para el gobierno del trabajo en la empresa y de la Teoría del Comportamiento organizativo, que relaciona aspectos de diseño organizativo con alicientes e incentivos que inducen a las personas a cooperar.

Para establecer este modelo de referencia para las prácticas de recursos humanos en las empresas participativas, se analiza este tipo de empresa bajo el modelo de *producción en equipo*, de Alchian y Demsetz (1972). De

igual forma, se estudia el contexto organizativo de las empresas de participación determinado en gran parte por sus atributos institucionales, porque éstos actúan como factores contingentes endógenos que condicionan la implantación de las prácticas de recursos humanos en dichas empresas.

Para el análisis se ha utilizado fundamentalmente el esquema de Williamson (1985) de «Gobierno eficiente del trabajo», que relaciona trabajo *idiosincrásico* y separabilidad de las tareas. Y, dado que en el diseño de prácticas y políticas de recursos humanos juega un papel trascendental el comportamiento de los miembros de la organización, se utiliza un modelo de comportamiento en las organizaciones fundamentado en los trabajos seminales de Cyert y March (1963) y Simon (1947, 1979), principalmente. Este modelo tiene en cuenta los incentivos que la empresa ofrece a sus miembros, la disposición de éstos a cooperar en los objetivos de la empresa, y el grado de ejercicio de racionalidad de las personas como consecuencia de la información que disponen y de su posición jerárquica en la empresa. Finalmente, se realiza una aplicación de los modelos de gobierno del trabajo y de comportamiento en la empresa al diseño de prácticas de DRH en las empresas de participación.

Por último, conviene subrayar que este trabajo se nutre fundamentalmente de los postulados de la Economía de las Organizaciones y de la Teoría organizativa, en el intento de poner en evidencia la importancia de los aspectos institucionales en la DRH en las empresas de participación, y cómo las prácticas de recursos humanos deben ajustarse a los aspectos más relevantes del comportamiento en las organizaciones.

II. LA EMPRESA DE PARTICIPACIÓN COMO EQUIPO PRODUCTIVO

La empresa de participación, al igual que las empresas tradicionales del capitalismo desarrollado, responde al *modelo de producción en equipo* de Alchian y Demsetz (1972)¹, y por tanto son dos las cuestiones sustanciales a las que la gerencia de la empresa debe hacer frente: 1) *La organización y coordinación de las actividades para el funcionamiento eficiente de la empresa*; y 2)

¹ De acuerdo con Alchian y Demsetz (1972), la producción en equipo se caracteriza porque en ella se utilizan distintas clases de recursos, el producto no es una suma de producciones separadas de cada recurso, y además, no todos los recursos utilizados en una producción en equipo pertenecen a la misma persona.

La medición y determinación de las producciones o aportaciones individuales de los miembros a la producción conjunta.

La primera cuestión está relacionada con el necesario intercambio de información entre los miembros de la empresa para la coordinación de las distintas actividades. Esto hace que surja la necesidad de establecer algún mecanismo u organismo que permita a los agentes compartir la información necesaria para la producción de los bienes y servicios².

La segunda cuestión —necesidad de medir y conocer las producciones individuales o marginales—, tiene su origen en los aspectos conductuales del comportamiento humano, debido a que en el comportamiento de las personas juegan un importante papel las rentas monetarias que obtiene por su trabajo y también las rentas no monetarias, como es considerado el ocio³ (Alchian y Demsetz, 1972). Por ello, el modelo de producción en equipo bajo el cual trabajan las empresas de participación, hace factible la posibilidad de comportamientos oportunistas por parte de algunos miembros, y por tanto hace necesaria la utilización de mecanismos organizativos que los eliminen o reduzcan.

Una parte importante de los comportamientos oportunistas puede desalentarse mediante el uso de mecanismos de coordinación de las distintas tareas, como por ejemplo la estandarización de la tarea, pero existirá otra parte del oportunismo que solamente podrá reducirse *asignando a un miembro del equipo la responsabilidad de vigilar el rendimiento productivo de los demás*, es decir, designando un supervisor. Conviene tener en cuenta que, si no existiese la posibilidad de comportamientos oportunistas por parte de los miembros de la empresa, los problemas de coordinación se reducirían a

² Las necesidades de coordinación provienen del hecho de que cada miembro de un equipo de producción controla unas determinadas variables de decisión y dispone de una información relevante en su entorno particular de actuación (área de racionalidad). Cuando las consecuencias de las actuaciones de unos miembros dependen de las actuaciones de los demás —es decir cuando *existen interdependencias*—, optimizar el resultado del equipo exigirá un determinado grado de *coordinación* entre las decisiones de los miembros y un intercambio de información.

Surgiendo así la necesidad de establecer algún mecanismo que, considerando las *contingencias exógenas*, *clases de interdependencias* (Thompson, 1967) en la realización del trabajo y *los derechos de propiedad*, distribuya la información y las responsabilidades entre los miembros del equipo, de manera que puedan compartir la información necesaria para llegar a la solución deseada.

³ Bajo el supuesto que forme parte de su función de utilidad algo que no sea renta monetaria, el ocio representa en su conjunto a toda la renta no monetaria.

conseguir una distribución eficiente de la información para que cada uno de los miembros tomase las decisiones correspondientes a las tareas que le han sido asignadas⁴

III. CONTEXTO ORGANIZATIVO DE LA EMPRESA DE PARTICIPACIÓN

Aunque la empresa de participación, puede enmarcarse en el modelo de producción en equipo —al igual que la empresa capitalista tradicional—, presenta una diferencia fundamental con estas últimas: la singular configuración del sistema decisor de la empresa, que es una consecuencia de las relaciones contractuales entre socios trabajadores con derechos sobre la empresa (es decir consecuencia de las relaciones entre iguales)⁵.

En la empresa capitalista tradicional (aquella en que está claramente separada la propiedad y el control), se puede observar que en el proceso de toma de decisiones, tanto las decisiones para impulsar las necesarias adaptaciones de la empresa a contingencias internas o externas (es decir las decisiones de *management*), como las correspondientes a la afiliación de los miembros a la empresa —y por tanto la posibilidad de pactar las condiciones de incorporación a la misma—, están centralizadas en el gerente (o en quien éste delegue), que actúa por delegación de los propietarios-accionistas, representados por el correspondiente consejo de administración.

⁴ En esta línea, para el estudio de las interdependencias de las decisiones de los miembros y del efecto que pueden tener en la distribución de la información y en la configuración de la jerarquía, serían suficiente los postulados de la *teoría de equipos* (Marschak y Radner, 1972), que se basa en *que cada miembro de la organización asume como propio el objetivo que representa los intereses colectivos y se especializa en una tarea o actividad. Y para realizarla necesita una determinada cantidad de información sobre el entorno de la misma.*

⁵ En el trabajo de Orellana, Chaves y Rueda (2003) se explican las consecuencias para el proceso de toma de decisiones que tienen las relaciones entre iguales en una relación de trabajo asociado.

Por el contrario, en las empresas de participación, solamente las decisiones de *management* están asignadas a la gerencia⁶, recayendo en los socios-trabajadores o en sus órganos representativos, como puede ser el caso de la asamblea y el consejo de administración o consejo rector, las decisiones que tienen que ver con la alteración o modificaciones en la composición del equipo productivo (incorporación de nuevos socios, o separación de socios, en su condición de trabajadores).

Además de la importante limitación para el proceso de toma de decisiones que significa el hecho de que los gerentes de las empresas de participación no puedan alterar la composición del equipo productivo, ocurre que en lo que respecta a las decisiones de *management*, los gerentes también ven muy limitada su actuación con relación a los gerentes de las empresas capitalistas tradicionales.

En éstas últimas, cuando el Consejo de administración delega un derecho de decisión, lo que realmente hace es delegar los derechos de *administración de las decisiones*, lo que significa que delega la *generación* de propuestas de los directivos o gerentes al Consejo, y delega también la *ejecución* de las propuestas o decisiones ya ratificadas por el Consejo⁷. En este sentido, el comportamiento organizativo e institucional de la empresa de participación, mediante las relaciones entre Consejo Rector y equipo de dirección, es similar al de cualquier empresa capitalista, en la cual exista cierta delegación de responsabilidad sobre las decisiones en este ámbito.

Lo verdaderamente singular, y aquello en lo que existen diferencias importantes en cuanto al proceso de toma de decisiones entre empresas

⁶ Aquí nos referimos a aquellas empresas de participación que sean dirigidas por un gerente o por un equipo directivo que cumpla sus funciones.

⁷ De acuerdo con Fama y Jensen (1983a), el proceso de toma de decisiones puede separarse en las siguientes fases: a) presentación o generación de propuestas; b) selección o ratificación de la propuesta preferida; c) ejecución de la decisión, y d) revisión de la actuación y asignación de recompensas. La presentación y la ejecución corresponden a la *administración de las decisiones*, y la selección y el control de la implementación de la decisión seleccionada corresponden al *control de las decisiones*. Para estos autores las funciones de administración de decisiones y de control de decisiones están siempre separadas en aquellas organizaciones en las que los propietarios se han especializado en asumir riesgos. No obstante, existe la posibilidad de que una misma persona puede estar involucrada tanto en la gestión como en el control de la empresa, pero siempre en dos áreas separadas.

capitalistas tradicional y empresas de participación es el hecho de que en las empresas de participación la fase de *control de las decisiones* —es decir, las fases de selección de alternativas y de control de la ejecución de la alternativa seleccionada— recaiga en los socios que a la vez son miembros trabajadores de la empresa, y están representados en la Asamblea o en el Consejo. Esta situación en que los propios socios trabajadores de la empresa de participación sean quienes asuman el control de las decisiones (es decir la selección y el seguimiento de la decisión seleccionada), les da la posibilidad y sobre todo atribuciones —como miembros de la Asamblea o del Consejo—, para rechazar aquellas decisiones relativas a adaptaciones organizativas que proponga la gerencia, que amenacen su *posición de poder* como trabajadores y socios en la empresa (por ejemplo, el pertenecer al consejo u ocupar alguna jefatura).

Y en su calidad de miembros del equipo de producción (es decir, como trabajadores) abre la posibilidad a los comportamientos oportunistas en el cumplimiento de aquellas decisiones que habiendo sido seleccionadas por la asamblea o el consejo de la empresa, no sirvan a sus objetivos e intereses personales (por ejemplo, obstaculizando o entorpeciendo la implantación de las decisiones adoptadas).

Por todo ello, las soluciones organizativas a la ineficiencia que se aplican a las empresas capitalistas tradicionales no tienen suficiente validez cuando se aplican a las empresas de participación, porque dichas soluciones de empresa capitalista tradicional, parten de un supuesto contractual distinto: *la existencia de un agente único o principal (el gerente), común a todos los contratos de los agentes participantes*, con atribuciones para alterar la composición del equipo productivo, ya sea incorporando nuevos miembros, o separando a otros.

En las empresas de participación, en cambio, el gerente se ve en una situación de debilidad por el poder negociador de los socios-trabajadores, ya que a ellos corresponde la fase de control de las decisiones que toma el gerente. Todo lo cual, sitúa en un terreno muy singular la DRH en las empresas de participación.

IV. GOBIERNO DEL TRABAJO EN LA EMPRESA DE PARTICIPACIÓN

En el ámbito de la organización del trabajo, la teoría de los costes de transacción sostiene que *las estructuras de gobierno del trabajo* —diversas for-

mas de contratación y de remuneración— deben elaborarse teniendo en cuenta el grado de especificidad de los activos humanos, y las interdependencias de la tareas, teniendo en cuenta que si se establecen estructuras complejas para gobernar transacciones simples se incurrirá en pérdidas de eficiencia, y si por el contrario se establecen estructuras sencillas para transacciones complejas, se generarán perturbaciones que pueden destruir la relación labora⁸l (Williamson, 1985).

Williamson (1985) aplica a la organización del trabajo una variante de su esquema de contratación en el que de acuerdo a la especificidad de los activos empleados en la transacción se establecen distintas formas de gobierno de dichas transacciones, y plantea las relaciones laborales como transacciones recurrentes, *que pueden variar en cuanto a la especificidad de los activos involucrados en la transacción —en este caso la especificidad del trabajo—, la recurrencia y la incertidumbre.*

El grado de especificidad del trabajo vendrá determinado por el grado en que los conocimientos adquiridos por un empleado no son fácilmente transferibles a otra empresa —es decir cuando el trabajo adquiere un carácter idiosincrásico—. En efecto, cuanto mayor sea la dificultad de aplicar en otra organización los conocimientos y habilidades específicos que se adquieren en el trabajo, mayor será el interés para el empleado y para el empleador de continuar la relación laboral. Por el contrario, si la especificidad es insignificante ninguna de las partes tendrá incentivos para la continuidad de la relación (el empleado podrá utilizar sus conocimientos en otra empresa y el empresario podrá encontrar esos conocimientos en el mercado laboral).

⁸ *En el ámbito de la organización del trabajo, la teoría económica de los costes de transacción intenta dar respuesta a estas cuestiones, buscando la consistencia interna entre las distintas prácticas de recursos humanos y la contribución de éstas a los objetivos de la organización. Para ello sostiene que las estructuras de gobierno del trabajo, y por tanto las formas de dirección de los recursos humanos, deben ajustarse al grado de especificidad de los activos humanos; siendo esta especificidad una función de dos variables: a) el grado en que el trabajo que desarrollan las personas tiene un carácter idiosincrásico; y b) la mayor o menor dificultad en la medición de dicho trabajo, de acuerdo a las diferentes formas eficientes de coordinar dichas transacciones. La dirección estratégica de recursos humanos —un enfoque ampliamente divulgado—, aborda esta cuestión estableciendo un diseño para el conjunto de prácticas de recursos humanos y posibilitando la implantación de las prácticas diseñadas. La implantación deberá abordarse de manera que garantice la consistencia interna de las prácticas entre sí (encaje horizontal), y de que contribuya a la consecución de los objetivos empresariales (encaje vertical) (García-Tenorio y Sabater, 2004).*

La *incertidumbre* afecta particularmente a las transacciones de especificidad alta, puesto que cuando son de esta naturaleza, se tendrán que prever contingencias en el contrato, y por tanto se introducirán salvaguardias que limiten la posible discrecionalidad del *principal* en situaciones de incertidumbre. Es decir, habrá que proteger al trabajador idiosincrásico.

Por otra parte, y a los efectos de medición de las productividades marginales de los miembros del equipo productivo, el enfoque de costes de transacción diferencia el trabajo de los miembros de acuerdo al grado de interdependencia con otras tareas, es decir de acuerdo al grado en que un miembro del equipo productivo puede ser sustituido sin crear efectos perturbadores en la productividad de la unidad. Lo que también implica que el trabajo individual facilita la medición del resultado y por tanto el diseño de los incentivos. Al contrario que el trabajo colectivo.

Williamson (1985) representa la especificidad de los activos humanos con k_0 cuando el grado de especificidad es bajo y con k_1 cuando es alto; y con S_0 cuando se trata de trabajos separables y con S_1 cuando no lo son. Combina estas situaciones, distinguiendo las siguientes *estructuras de gobierno interno* o formas de gestión del trabajo:

a) k_0, S_0 : mercado instantáneo interno.

En esta situación, ya sea la tarea, el puesto de trabajo, o el propio trabajador, no presentan atributos que le den el carácter de idiosincrásico (k_0), y tampoco presentan algún grado significativo de interrelación con otras tareas o puestos (s_0). Por lo cual, no existirán incentivos de eficiencia ni por parte de la empresa ni por parte del empleado para mantener la relación laboral.

Esto plantea que a la empresa no le llegue a compensar económicamente la dedicación de recursos para el diseño y mantenimiento de estructuras de gobierno especiales que sostengan la relación laboral, por lo cual, la relación de empleo terminará cuando haya insatisfacción en cualquiera de las dos partes. Esta situación suele darse en puestos de trabajo que la empresa necesita cubrir con carácter temporal, y que suelen ser desempeñados, por lo general, por personas con menor cualificación, correspondiendo a muchísimos puestos de trabajo en muy diversos sectores, agrario, de la construcción, industrial y de servicios, cubriendo tareas auxiliares, subalternas o de peonaje.

b) k_0, S_1 : equipo primitivo.

Aquí, el puesto de trabajo no es idiosincrásico (k_0), por lo cual, la empresa puede sustituir al empleado sin tener que asumir altos costes en la

captación de otro empleado que lo reemplace en su función. Sin embargo, la productividad de quien ocupa el puesto de trabajo no es fácilmente medible (S_I), puesto que su productividad va a depender de los rendimientos de los puestos con los cuales se interrelaciona.

Los bajos costes que supone a la empresa prescindir del empleado y sustituirlo por otro, y al empleado abandonar la empresa y encontrar otra empresa que precise de sus conocimientos en que se le remunere mejor, hacen que la relación laboral sea débil. Además, la importante interrelación que el puesto de trabajo mantiene con otros puestos de trabajo (S_I) dificulta la utilización de incentivos individuales que aseguren la productividad deseada por la empresa. Por lo cual la estructura de gobierno más eficiente para estos puestos de trabajo $k_0 s_I$ es la *supervisión*. Como el modelo de *producción en equipo* consiste en un conjunto de puestos interrelacionados, donde el supervisor cumple el papel de coordinador del trabajo, a la situación $k_0 s_I$ se le denomina *equipo primitivo*.

c) k_I, S_0 : mercado de obligación.

Esta situación se da en los puestos de trabajo que, debido a la experiencia adquirida en la realización de las tareas y el conocimiento de los procesos de la empresa, adquieren un grado importante de especificidad para la empresa.

Estos suelen ser puestos de trabajo que requieren formación especializada, pues conforman las competencias distintivas de la empresa, y además, su naturaleza de baja interrelación con otros puestos de trabajo, permite medir la productividad individual sin dificultad.

La especificidad del trabajo hace que tanto al empleado como a la empresa interese mantener la continuidad de la relación. En consecuencia se deberán elaborar salvaguardias para desalentar el despido arbitrario, y se deberán otorgar recompensas a los empleados para desalentar renuncias inoportunas.

En la mayoría de las empresas, independientemente de su tamaño, es posible encontrar puestos de trabajo $K_I S_0$.

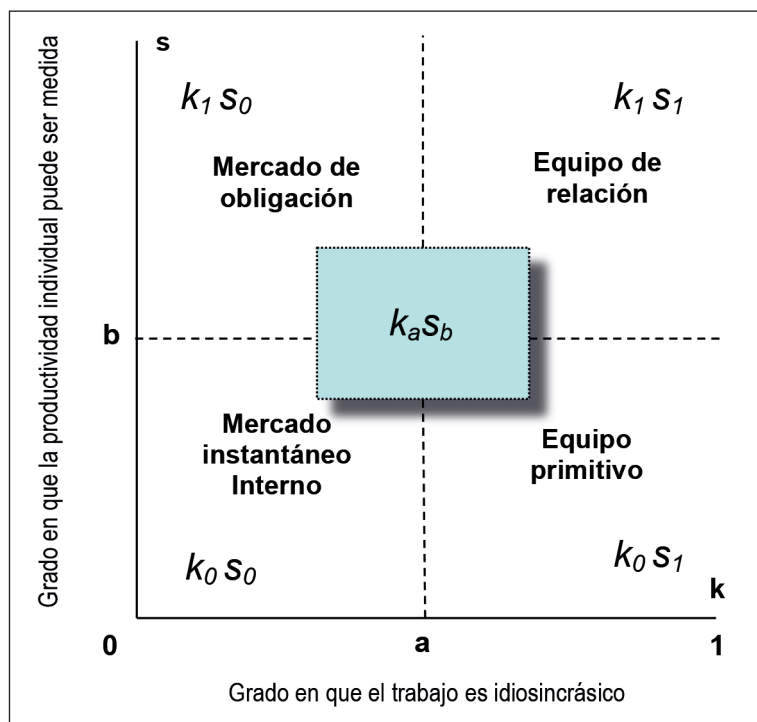
d) k_I, S_I : equipo de relación.

Aquí los activos humanos son específicos de la empresa y tienen gran importancia en el equipo. En este caso la empresa intentará «socializar» o adoctrinar a los miembros y se otorgará una considerable estabilidad en el empleo. Por tanto, las estructuras de gobierno proveerán salvaguardias del empleo, y fomentarán la lealtad y una actitud abierta al cambio. Corres-

ponde a la situación que se da en organizaciones tipo clan que identifica Ouchi (1980) en las que no existe una supervisión explícita y en «... las que se reducen las diferencias entre los objetivos de los individuos y los de la organización y se crea un poderoso sentido de comunidad» (Ouchi, 1980: 136)⁹. Si bien formas de trabajo del tipo K_I-s_I pueden existir en cualquier organización que requiera trabajo en equipo o se haya desarrollado un sentido de equipo, predominan sobre todo en aquellas empresas que han llegado a desarrollar un sentimiento de clan, lo que puede encontrarse, por ejemplo, en las cooperativas de trabajadores.

En la figura 1 se presenta este esquema de organización del trabajo.

Figura 1. El trabajo en la empresa como un continuo de especificidad y de separabilidad del trabajo. (Orellana y Monreal, 2010: 110)¹⁰



⁹ Ouchi distingue dos tipos de empresas: las burocracias en las que se supervisa estrechamente a los trabajadores, y los clanes en los que no hay una supervisión explícita.

¹⁰ El esquema de Orellana y Monreal (2007: 86) está basado en Williamson (1985).

Los trabajos, tareas o puestos de trabajo que reúnen la característica de ser de la clase k_j-s_j , no solamente realizan trabajo idiosincrásico para la empresa, sino que además, por la interrelación con otros puestos de trabajo, han llegado a conseguir un importante sentido de equipo. Por ello, ante la imposibilidad de poder determinar las productividades individuales, y para mantener la cohesión entre los distintos puestos de trabajo, los incentivos que se establezcan deberán ser incentivos colectivos.

La empresa debe poner en práctica aquí las políticas necesarias para que las personas que configuran el equipo asuman la filosofía y los valores de la organización, y además debe otorgarles una considerable estabilidad en el empleo, por tanto las estructuras de gobierno que se creen deberán orientarse a proveer salvaguardias del empleo, y a fomentar la lealtad al grupo.

En ese sentido, las políticas de la empresa deberán orientarse a fomentar la equidad, teniendo en cuenta que deben ser percibidas como igualitarias por los miembros del equipo.

Políticas de este tipo contribuyen a un alto grado de lealtad de los empleados, manifestándose en bajas tasas de absentismo y bajo grado de resistencia al cambio técnico.

V. COMPORTAMIENTO EN LA EMPRESA DE PARTICIPACIÓN

Sin dejar de reconocer la validez de las corrientes integradoras que postulan que el comportamiento humano en la empresa depende de factores contingentes o ambientales, el comportamiento en la empresa puede explicarse también en función de los aspectos *motivacionales*, y de los *aspectos racionales* en los que los miembros de la organización sustentan su comportamiento¹¹.

¹¹ En un trabajo seminal de 1947 Simon plantea que, desde una perspectiva *individual*, el estudio del comportamiento humano en las organizaciones puede abordarse sobre la base de enfoques instrumentales, motivacionales y racionales (Simon, 1947). Los enfoques instrumentales consideran al individuo con capacidad para realizar tareas y aceptar órdenes, pero con escasa capacidad para ejercer influencia de manera relevante ni de impulsar iniciativas. Los enfoques motivacionales y de actitud consideran que las personas tienen actitudes, objetivos y valores; que han de tener un motivo o ser inducidas a participar en la organización. Y por tanto consideran que existe un paralelismo incompleto entre los objetivos personales y los de la organización, y que juegan un papel importante los fenómenos

A un nivel individual, y desde una perspectiva motivacional, el comportamiento humano en la empresa está determinado en gran medida por los incentivos y alicientes que tengan los individuos para cooperar en la actividad colectiva, y por las recompensas que tengan para permanecer en la empresa¹².

La contribución de los miembros será *directa* si los objetivos de la empresa tienen para el individuo un valor personal directo, como sería el caso de los propietarios de la misma, y será *indirecta* si la empresa consigue interesar al individuo ofreciéndole recompensas en pago a su disposición a aportar su actividad a la organización¹³.

La empresa por su parte, con el fin de obtener y mantener la adhesión de sus miembros, debe proporcionar incentivos en forma de *recompensas personales* que se derivan directamente del cumplimiento de los objetivos de la empresa, o que están relacionadas con la dimensión y el crecimiento de la organización. También la empresa puede proporcionar recompensas personales que se derivan de los alicientes ofrecidos por la organización, pero sin estar relacionadas con los objetivos, la dimensión y el crecimiento de ésta, siendo meras recompensas materiales.

de poder y las actitudes, en la explicación del comportamiento *en y de* la organización. Los enfoques racionales suponen que los miembros de la organización son autores de decisiones y solucionadores de problemas, y que los procesos de percepción y pensamiento son los que explican el comportamiento *en y de* la organización. Por todo ello, la explicación que hagamos del comportamiento humano en la organización dependerá de la elección del esquema o del marco conceptual que se elija. En el caso de nuestro objeto de estudio, utilizaremos un esquema ajustado a los patrones de las perspectivas *motivacional* y *racional*. Una justificación más detallada de este modelo puede verse en Orellana, Peris y Chaves (2003).

¹² La perspectiva motivacional pone el énfasis en la importancia de los incentivos para inducir comportamientos favorables a la cooperación; es decir, en conseguir que las personas presten su esfuerzo y conocimientos a la organización.

¹³ Una organización podrá existir en la medida en que haya personas capaces de unirse con otras, que quieran colaborar en una actividad, y compartan un objetivo o finalidad común. Por ello la voluntad de los individuos de aportar sus esfuerzos al sistema de cooperación, y la finalidad común son elementos fundamentales de una organización. La voluntad de los individuos de aportar sus conocimientos y esfuerzos al sistema de cooperación contribuirá a la supervivencia y a la eficacia de la organización. Y como condición para que la cooperación tenga lugar, los individuos deberán ser inducidos a ella mediante incentivos (Barnard, 1938, Simon, 1947).

Por tanto, las recompensas personales pueden estar directamente relacionadas con la importancia y con el crecimiento de la organización — como es el caso de los propietarios de una empresa—, y otras veces no lo están de manera directa, como es el caso de la mayoría de los asalariados¹⁴.

Los incentivos para los empresarios-accionistas y para los directivos de nivel más alto, estarán relacionados respectivamente con los beneficios, o con la dimensión y el crecimiento de la organización. Estos incentivos se denominan valores de conservación por su relación con la continuidad de la empresa. Estos valores proporcionan la base para una lealtad organizativa que se concreta en un apoyo a las necesarias adaptaciones de la organización a las variaciones ambientales; aunque esos cambios supongan cambios en los objetivos.

Los incentivos para los empleados estarán relacionados, fundamentalmente, con las recompensas materiales, e inmateriales, ofrecidas por la empresa, aunque éstas no estén relacionadas con su dimensión ni su crecimiento. Estas recompensas determinarán —según su naturaleza y amplitud— los límites del *área de aceptación* de la autoridad por parte del empleado.

A los empleados la empresa les ofrece una serie de alicientes, tanto materiales como inmateriales, que generalmente no se relacionan directamente con el logro de los fines de la organización, ni con su dimensión, ni su crecimiento, a cambio de la aceptación de un sistema de autoridad. Estos alicientes inducen en los empleados una independencia con respecto a los fines de la organización, ya que una modificación de los fines no afectará su buena disposición a participar.

Conviene precisar que no existe una independencia total entre los diferentes tipos de alicientes o incentivos. Así, los valores de conservación también tienen importancia para los empleados —sobre todo en aquellos con aspiraciones a ocupar puestos directivos—, ya que una organización que prospera ofrece mayores posibilidades de prestigio y progreso, que las que se estancan o declinan.

¹⁴ Desde una perspectiva de Psicología Social, —y en la línea de los planteamientos de Barnard (1938) y Simon (1947)—, la decisión de integrarse en una organización está motivada por la relación entre la descripción que hace de sí mismo el individuo y las posibilidades de autodesarrollo que espera encontrar (Super, 1953), y que las organizaciones proporcionan estímulos a sus miembros en forma de expectativas y recursos que pone a su disposición (Porter y Steers, 1975).

Por otra parte, y de acuerdo con los trabajos clásicos de Simon (1947) y de March y Simon (1958), el comportamiento humano en la empresa no solamente está determinado por factores motivacionales. En efecto, la empresa como organización también afecta a la conducta racional individual —entendida como la propia de sujetos que toman decisiones—. En esta faceta decisoria existen límites a la racionalidad ya que existen límites a la capacidad humana que no son estáticos sino que dependen del contexto organizativo en el que tiene lugar la decisión de cada persona¹⁵.

Además, hay que tener en cuenta que la empresa actúa sobre la racionalidad del individuo alterando los límites de *su racionalidad*, ya sea limitando las alternativas de actuación o dotando a la persona de conocimientos y de información. De esta manera el lugar que la persona ocupe en la jerarquía, o la amplitud de su puesto de trabajo, alterará el área de racionalidad individual.

Asimismo, el comportamiento organizativo también se verá afectado por otra forma de racionalidad que surge de la propia organización y que acaba por constituirse en una forma de conocimiento que Williamson (1985) denomina *racionalidad orgánica*. Lo característico de esta forma de racionalidad, es que se produce como consecuencia de la acumulación de experiencia en la empresa, siendo esta experiencia compatible con los diferentes miembros de la organización, y consecuencia de la historia de la empresa, los hábitos, las reglas y normas que normalmente sigue la empresa, el estilo de dirección, las relaciones de confianza existentes, y las formas en que se llevan a cabo las diferentes tareas y procesos. Todo ello cristaliza en lo que Nelson y Winter (1982) denominan *rutinas organizativas*, y está en la base de un *saber hacer* que surge y emerge de la organización, de la práctica organizativa, alimentando y formando, de manera emergente, la racionalidad de las personas. La racionalidad orgánica surge también por el efecto de *factores estructurales*, *la organización informal*, y *los procesos emergentes*. Y se concreta en una serie de códigos de comunicación y de conocimientos que permiten a los miembros de empresa interpretar correctamente los mensajes y responder a ellos.

¹⁵ Como es sabido, para que el comportamiento individual tuviera el carácter de racionalidad *ilimitada* serían necesarios: a) un conocimiento de todas las alternativas de selección; b) un conocimiento y una anticipación completa de todas las consecuencias que seguirán a cada elección; y c) una elección óptima entre todos los posibles comportamientos alternativos.

1. Formas o estilos de comportamiento en la empresa

De acuerdo con lo visto hasta ahora, el comportamiento de las personas en la empresa está determinado por los siguientes factores:

- a) La racionalidad limitada de las personas en la toma de decisiones.
- b) El área de ejercicio de racionalidad que define la empresa para cada persona mediante la asignación de procedimientos de actuación, tareas, o la posición jerárquica.
- c) La racionalidad orgánica, que va a condicionar el comportamiento de sus miembros.
- d) La disposición de los miembros a cooperar, manifestada en las formas de búsqueda del propio interés.
- e) Los alicientes o incentivos, materiales e inmateriales, que ofrece la empresa a sus miembros para conseguir su adhesión a los objetivos empresariales.

El factor *racionalidad orgánica*, que surge de la propia empresa, puede considerarse la base sobre la que se asienta el comportamiento de las personas, porque se desarrolla en la empresa a lo largo de su historia, y afecta a todos los miembros.

El *área de ejercicio de racionalidad* de las personas, que se concreta en el margen de maniobra que tiene cada persona para actuar en la empresa, lo define la gerencia, y por tanto, puede variar en cuanto ésta lo decida. Algo similar sucede con los alicientes e incentivos, que dependerán en buena medida de las políticas de remuneración del personal que determine la gerencia.

El factor *racionalidad orgánica* tiene un carácter más permanente en la empresa. En cambio, el factor *área de ejercicio de racionalidad*, así como el factor *recompensas e incentivos*, tienen un carácter más temporal, ya que la gerencia podrá modificarlos a su arbitrio, con actuaciones de *diseño organizativo*.

2. Comportamiento, áreas de ejercicio de la racionalidad, e incentivos

La capacidad de los miembros de la empresa para tomar decisiones (es decir, la capacidad de ejercicio de su racionalidad, medida según la *dimensión del área de ejercicio de racionalidad que la empresa define y asigna a cada persona*), junto a las dos clases de alicientes o incentivos que las personas tienen para permanecer y participar en la empresa, *valores de conservación*

y *recompensas materiales o inmateriales*, permiten distinguir varias formas de comportamiento de las personas en las organizaciones.

En efecto, habrá empleados cuyo comportamiento estará determinado de forma predominante por incentivos del tipo *recompensas materiales e inmateriales*, y otros empleados cuyo comportamiento estará determinado, en mayor medida, por los incentivos del tipo *valores de conservación*.

Las preferencias de las personas por incentivos tipo recompensas materiales o por incentivos tipo valores de conservación, no necesariamente han de tener relación directa con las tareas que realicen en la empresa, o con la posición jerárquica que ocupen¹⁶.

Por otra parte, en la empresa existen determinados puestos de trabajo que permiten a las personas una mayor discrecionalidad en su comportamiento con relación a otros colegas. Eso se debe a que la empresa, en función de sus objetivos y de la actividad que lleva a cabo, diseñó esos puestos para que quienes los ocupen, dispongan de una mayor libertad de acción.

La discrecionalidad del comportamiento de las personas obedece a que la ejecución de sus tareas conlleva necesariamente mayor libertad de acción. Es decir, puede obedecer a requerimientos de la propia tarea que se lleva a cabo, como sucede con los puestos directivos, o con el trabajo y las tareas de tipo profesional. Este último es el caso de profesionales como médicos, ingenieros, y otros especialistas.

Por tanto, si el diseño de la cadena de autoridad, la definición de las tareas y los requerimientos del puesto de trabajo, son decisiones que toma la empresa en función de sus objetivos y estrategias, la *dimensión del área de ejercicio de racionalidad de las personas*, es decir, su grado de libertad de acción, dependerá también de la empresa, concretamente de decisiones de la gerencia.

Así, y desde esta perspectiva, cabe considerar diferentes formas o estilos de comportamiento en las personas, según dispongan de un menor o mayor grado de libertad o discrecionalidad.

¹⁶ El comportamiento de los directivos de mayor nivel suele orientarse hacia incentivos del tipo valores de conservación, porque la preferencia por incentivos de esa clase es uno de los requisitos para ocupar el puesto directivo, pero no porque sea, necesariamente, la posición jerárquica la que determine la preferencia por esa clase de incentivos.

Por otro lado, y como se vio al comienzo de este epígrafe, independientemente del área de ejercicio de racionalidad de que dispongan en la empresa, habrá empleados cuyo comportamiento estará en mayor medida motivado por incentivos del tipo recompensas, y empleados cuyo comportamiento estará preferentemente guiado por valores de conservación.

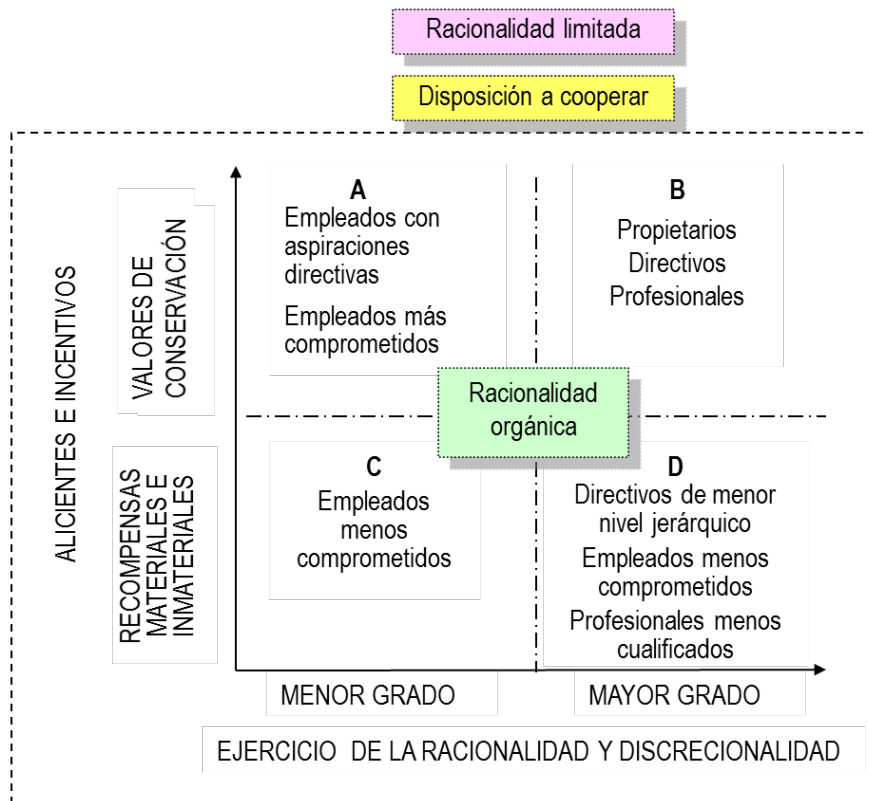
Por todo lo anterior, en la empresa pueden distinguirse cuatro formas de orientación del comportamiento, que van a ser descritas a continuación, las cuales se recogen en la figura 2, en la que se representa el grado de ejercicio de la racionalidad y discrecionalidad de las personas, en el eje de abscisas (bajo dos extremos de ejercicio de racionalidad: en menor y mayor grado), y las dos clases de alicientes e incentivos: *recompensas materiales e inmateriales* y *valores de conservación*, en el eje de ordenadas.

El área delimitada por el recuadro en líneas discontinuas representa el contexto empresarial, y dentro de éste, las áreas A, B, C y D corresponden a las posibles orientaciones del comportamiento de sus distintos miembros, ya sean empleados o directivos. En la intersección de las paralelas a los ejes de coordenadas se ha situado el factor racionalidad orgánica, para indicar que ésta afecta a todos los miembros de la organización, ya sean empleados, profesionales o directivos.

Los factores *racionalidad limitada* y *disposición a cooperar* (la forma de búsqueda del propio interés), se han representado fuera de dicha área, en alusión a que estos se consideran como factores exógenos del contexto empresarial, y que, por tanto, no pueden modificarse con actuaciones de diseño organizativo¹⁷.

¹⁷ Conviene señalar que considerar la disposición a cooperar de las personas como un factor exógeno es un supuesto importante, puesto que significa que dicha disposición a participar no puede ser modificada, por ejemplo, mediante políticas de capacitación, como la formación en los valores de la empresa. En ese sentido, cabe resaltar que si bien la realidad muestra que algunas empresas plantean políticas para conseguir de sus empleados una mayor identificación con los objetivos empresariales, el resultado de dichas acciones es incierto debido a que, en último término, dependerá de la receptividad de la persona, es decir de su disposición individual. De ahí que se haya considerado la disposición a cooperar como un factor exógeno.

Figura 2. El Comportamiento en la empresa. Perspectivas motivacional y racional. Basado en Barnard (1938); Simon (1947); March y Simon (1958); Williamson (1985)



2.1. Formas de comportamiento en la empresa en un contexto organizativo de mayor ejercicio de la racionalidad

Comportamiento inducido por alicientes o incentivos del tipo valores de conservación (figura 2, área B)

Uno de los factores determinantes del comportamiento de las personas en la empresa es la posición jerárquica que ocupan, ya que cuanto más alto se sitúe en la escala jerárquica de la empresa, el ejercicio de la racionalidad de la persona que ocupe ese puesto y la discrecionalidad en su comportamiento, serán mayores.

Así, si el puesto que se ocupa es uno de tipo directivo de nivel medio o alto, éste llevará aparejado un mayor ejercicio de racionalidad y un mayor grado de discrecionalidad en el comportamiento. Esto es así porque la posición jerárquica permite a la persona el acceso a más información, una perspectiva más amplia de la empresa, y también mayor libertad para actuar, ya que al tratarse de un puesto directivo, deberá supervisar y coordinar el trabajo de otras personas.

Con respecto al tipo de incentivos que guían el comportamiento de las personas que ocupan posiciones elevadas en la jerarquía de la empresa, estos serán del tipo valores de conservación, pues es el que se espera de propietarios y directivos de nivel alto, y puede corresponder también a profesionales que realizan trabajos de alta cualificación, aunque en este último caso el mayor ejercicio de racionalidad no esté vinculado a la posición jerárquica, sino a la naturaleza de su trabajo profesional.

Comportamiento inducido por alicientes o incentivos del tipo recompensas materiales o inmateriales (figura 2, área D)

En un contexto organizativo de mayor ejercicio de racionalidad, un comportamiento orientado por alicientes del tipo *recompensas materiales e inmateriales*, es el que se espera de personas cuyo puesto de trabajo exige la realización de varias tareas y, por tanto, precisan de un mayor ejercicio de racionalidad y discrecionalidad para poder realizarlas (en cualquier caso, el ejercicio de la racionalidad y el grado de discrecionalidad necesarios para realizar las tareas, serán menores que los requeridos por propietarios y altos directivos).

Como en esta situación los alicientes e incentivos que motivan el comportamiento de las personas son del tipo recompensas materiales o inmateriales, su nivel de compromiso con la empresa es reducido. Esta forma de comportamiento es la que se espera en trabajadores menos comprometidos con la empresa, profesionales menos cualificados, y directivos de menor nivel jerárquico.

2.2. Formas de comportamiento en la empresa en un contexto organizativo de menor ejercicio de la racionalidad

Comportamiento inducido por alicientes o incentivos del tipo valores de conservación (figura 2, área A)

Esta forma de comportamiento es el que se espera de personas que se sienten comprometidas con los objetivos de la empresa, y que realizan ta-

reas que les dejan poco margen a la creatividad y a la iniciativa personal, es decir, tareas de tipo rutinario y estandarizadas, en cuya realización las personas se relacionan únicamente con colegas de su entorno próximo.

Dado que estas personas se sienten comprometidas con los objetivos de la empresa, su comportamiento está guiado fundamentalmente por incentivos tipo valores de conservación. Y como no tienen atribuciones para decidir sobre la forma de realizar las tareas, ya que la empresa ha establecido normas y reglas para realizarlas, el grado de discrecionalidad y el área de ejercicio de su racionalidad serán reducidos.

La motivación por los valores de conservación, incluso en el caso de no desempeñar puestos directivos, es propia de trabajadores comprometidos con la empresa o con aspiraciones a ocupar puestos de mayor responsabilidad.

Por otra parte, este comportamiento suele ser el predominante en empresas en las que sus trabajadores son *accionistas-propietarios*, como es el caso de las cooperativas de trabajadores.

Comportamiento inducido por alicientes o incentivos del tipo recompensas materiales o inmateriales (figura 2, área C)

Esta clase de comportamiento corresponde a los puestos con pocas tareas a realizar, y además con poca libertad de acción para realizar las tareas, lo que conlleva que el área de ejercicio de la racionalidad y el grado de discrecionalidad en el comportamiento de las personas sean bastante reducidos.

En efecto, como son pocas las tareas a realizar, las personas que las llevan a cabo no requerirán un área importante de ejercicio de la racionalidad, ya que tanto la comunicación con sus colegas para la realización de la tarea, como la información que requerirá de la empresa, no serán significativas.

La realización de las tareas no requerirá del juicio del operario, ni se necesitará un amplio margen de actuación por parte de éste, que se limitará a acatar las órdenes; por lo cual, el grado necesario de discrecionalidad del comportamiento de la persona que realiza la tarea, será reducido.

En este contexto, el comportamiento de las personas es más maquinal y pasivo, y está motivado únicamente por recompensas materiales, siendo bajo, por tanto, su nivel de compromiso con la empresa.

Esta situación se da en una relación laboral típica de empresa capitalista tradicional, en la que el factor trabajo, a cambio de una remuneración

específica, acuerda obedecer las instrucciones de un empresario *dentro de ciertos límites* (Barnard, 1938, Simon, 1947, Williamson, 1985).

Por todo ella el modelo general del comportamiento de las personas en las organizaciones, representado con la Figura 2, resulta clave para comprender las formas de comportamiento de los miembros de las empresas de participación.

En la empresa de participación adquieren especial trascendencia las situaciones donde los incentivos corresponden a *valores de conservación*, que son la base para una lealtad organizativa; es decir, situaciones en las que los incentivos están más relacionados con los objetivos de largo alcance, como son la dimensión, la supervivencia y el crecimiento de la empresa.

Conviene tener en cuenta que la lealtad a la organización se concreta en el apoyo a las necesarias adaptaciones a los cambios internos y externos; incluso en el apoyo a aquellas adaptaciones que supongan modificar los objetivos de la organización.

Por tanto, en la medida en que los incentivos para los miembros de la empresa de participación sean del tipo *valores de conservación*, estarán en mayor disposición para aprobar los cambios que desde los órganos de gobierno de la empresa se propongan.

VI. DIRECCIÓN DE RECURSOS HUMANOS EN UN CONTEXTO ORGANIZATIVO PARTICIPATIVO. ORIENTACIONES DEL COMPORTAMIENTO Y POLÍTICAS DE RECURSOS HUMANOS

La figura 2 ilustra las posibles orientaciones del comportamiento de los miembros a lo largo de su vida en la empresa. En algunas empresas estarán presentes todas las situaciones de comportamiento (áreas A, B, C y D), y en otras, los comportamientos predominantes se situarán preferentemente en algunas áreas, por ejemplo en las áreas B y C.

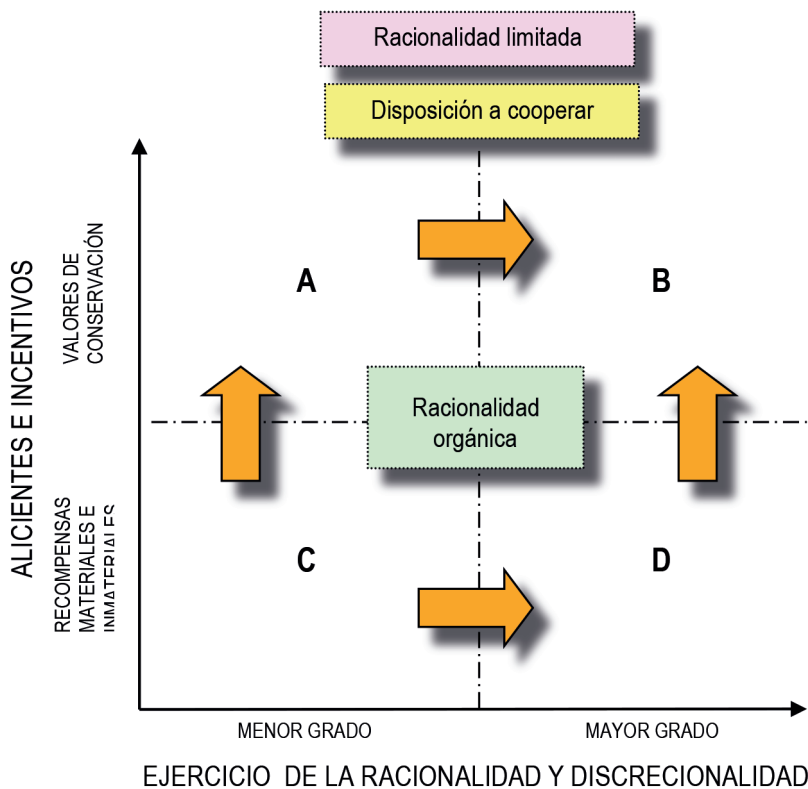
Asimismo, las empresas pueden cambiar las tendencias del comportamiento de sus miembros mediante actuaciones de diseño organizativo, por ejemplo, otorgándoles más atribuciones en la realización de las tareas, o promoviendo políticas de formación en valores.

Una empresa puede modificar la orientación del comportamiento de los empleados que se hallan en la situación C, otorgándoles tareas más variadas o dándoles mayor libertad de acción para realizarlas, ampliando así el área de ejercicio de racionalidad de los empleados. Con esta actuación,

la empresa conseguiría comportamientos similares a los de los miembros que se sitúan en el área D.

Asimismo, y mediante políticas de formación en valores, algunos comportamientos correspondientes al área D podrían ser orientados a los típicos del área B.

Figura 3. Evolución positiva del comportamiento en la empresa



En términos generales, cabe subrayar que una política de recursos humanos efectiva deberá orientarse a que los miembros de la empresa, cuyo comportamiento corresponda al área A, puedan llegar a tener patrones de comportamiento similares a los del área B; que los miembros cuyo comportamiento corresponda al área C puedan llegar a posicionarse en el área A; y que los miembros situados en D, puedan situarse en B.

Como puede apreciarse, se trata de una evolución que puede resultar positiva, tanto para la empresa como para los empleados, apoyando dicha evolución mediante las adecuadas políticas de recursos humanos.

Visto lo anterior, en el caso de las empresas de participación, las relaciones de empleo que se establecen entre empresa y socios trabajadores tienen características de *activo idiosincrásico*, y por ello son de carácter mucho más estable que en las empresas capitalistas tradicionales. Se presentará un elevado predominio de las formas $K_I S_0$ y $K_I S_I$, aunque en aquellas empresas en las que una proporción importante de sus trabajadores no tengan la condición de socios, coexistirán fórmulas de gobierno del trabajo del tipo $K_0 S_0$.

Las razones para entenderlo así, se deben a que los activos humanos de las empresas de participación pueden considerarse de especificidad alta, en la medida que la experiencia y la información compartidas, las relaciones de confianza, y la convergencia entre intereses particulares y objetivos de la empresa de participación añaden al trabajador características idiosincrásicas difíciles de encontrar en el mercado laboral.

La vinculación de mayor permanencia de los trabajadores a la empresa de participación, por su condición de socios y los conocimientos que tienen de la empresa hacen que su trabajo adquiera un carácter idiosincrásico —es decir corresponde a un trabajador del tipo K_I —, al ser difícilmente transferibles a otra organización los valores y el sentimiento de clan desarrollados en las relaciones de grupo.

En cuanto al grado de interdependencia de las tareas, y por tanto de medición del trabajo de los miembros, las tareas que realicen puede corresponder a los tipos S_0 y S_1 indistintamente, ya que la variable «grado en que el trabajo es separable», representada por S_0 y S_1 , dependerá fundamentalmente de cómo la empresa organice las tareas. Siendo por tanto una cuestión técnica. En este sentido la empresa de participación no presenta diferencias significativas con la empresa capitalista tradicional.

En la situación $K_I S_I$ —*equipo de relación*— los activos humanos tienen una mayor trascendencia para la empresa, puesto que el trabajo que realizan las personas es difícilmente separable, y por tanto difícil de medir. Coincide además con las actividades centrales de la empresa, aquellas más difíciles de imitar por la competencia. Los trabajadores son portadores de capacidades distintivas y habilidades imprescindibles para la empresa. Por ese motivo, las actividades que realicen las personas deberán coordinarse básicamente mediante mecanismos no estructurales como la cultura de la organización, equipos de trabajo en sus distintas formas, y sistemas de

información (Mintzberg, 1979, 1983). Siendo, por tanto, mayores las demandas de información que las requeridas en la situación $K_I S_0$, en donde las demandas de información corresponden básicamente a las necesarias para realizar la tarea.

En la situación $K_I S_0$ —*mercado de obligación*—, siendo idiosincrásico el trabajo es fácilmente separable y medible, para su coordinación serán suficientes mecanismos de coordinación ajustados a la tarea, al sistema técnico, y a la preparación necesaria para desempeñar la actividad.

Como en la situación $K_I S_0$, el trabajo que realizan los miembros corresponde a una fase del proceso que es separable, la medición de este trabajo se presta en mayor medida al uso de incentivos individuales, al contrario que en la situación $K_I S_I$, en la que los incentivos de grupo cobran un mayor sentido.

En el gobierno del trabajo, y en la DRH, permanece como telón de fondo el modelo de comportamiento que se ha expuesto más arriba (Figura 2). En efecto, los procesos de comunicación y liderazgo que se dan en las empresas en general, así como la organización informal, promueven la racionalidad orgánica, y también propician un mayor ejercicio de racionalidad por parte de los miembros. Este mayor ejercicio de racionalidad se ve además fomentado por la participación de los socios en la dirección de la empresa a través de sus órganos rectores.

Cabe por tanto suponer en los socios trabajadores de las empresas de participación comportamientos correspondientes a las situaciones de un mayor ejercicio de racionalidad y discrecionalidad como son las situaciones B y D de la figura 2, y una tendencia hacia la preferencia por los valores de conservación y supervivencia de la empresa (situaciones A y B de la figura 2) y no sólo preferencias por recompensas.

La DRH deberá proveer las prácticas y los instrumentos necesarios para esa transición, como son, entre otros, la formación y capacitación de los miembros de la empresa de participación y los procesos de socialización.

Por todo ello, y de acuerdo con lo expuesto más arriba, asociado a los incentivos del tipo Valores de Conservación corresponderían principalmente formas de gobierno del trabajo tipo Equipo de relación ($K_I S_I$), mientras que la forma eficiente de gobernar el trabajo de la empresa participativa asociada a los incentivos de tipo Recompensas debería corresponder principalmente al tipo Equipo de obligación $K_I S_0$.

VII. CONCLUSIONES

Las empresas de participación presentan atributos institucionales que generan un contexto organizativo singular, de relaciones entre iguales, que las distingue de las empresas capitalistas tradicionales.

Dicho contexto organizativo de las empresas de participación influye en las estructuras de gobierno del trabajo y en la orientación del comportamiento de los miembros de la organización.

En efecto, de acuerdo con el modelo de gobierno del trabajo de Williamson (1985) representado en la Figura 1, las estructuras de gobierno que deben predominar en las empresa de participación son *equipo de relación* ($K_I S_I$) y *mercado de obligación* $K_I S_O$, debido fundamentalmente a la condición de socios de sus trabajadores, y las relaciones de largo plazo que ello conlleva. Asimismo es presumible que sean lo socios trabajadores quienes tengan asignadas las tareas que conforman las capacidades distintivas de la empresa. Todo ello dota a sus socios trabajadores de un carácter idiosincrásico.

Asimismo, en lo relacionado con el comportamiento en la organización, la empresa de participación presenta aspectos distintivos derivados de su forma institucional. Así, de acuerdo con el modelo de comportamiento representado en la Figura 2, el comportamiento de los trabajadores, por su condición de socios, estará orientado fundamentalmente por *valores de conservación* (porque tendrán especial interés en la consecución de los objetivos y en el desarrollo de la empresa) y tendrán mayor información sobre la empresa (su área de ejercicio de la racionalidad será mayor). Con lo cual el trabajador de la empresa participativa se situará preferentemente en el cuadrante B del modelo de comportamiento representado en la Figura 2.

El carácter idiosincrásico del socio trabajador, junto con su motivación por valores de conservación, en un contexto de amplia ejercicio de la racionalidad, condicionará la DRH de la empresa de participación, puesto que tendrá que establecer políticas de recursos humanos innovadoras en la que predominen los incentivos colectivos y los mecanismos de coordinación no estructurales.

Todo lo cual significa un importante desafío para la DRH y para la gerencia de la empresa de participación.

Bibliografía

- ALCHIAN, A., y DEMSETZ, H. (1972). «Production, information cost, and economic organization». *American Economic Review*. 62 (december), 777-795. [Versión castellana: «Producción, Costes de Información y Organización Económica», en LOUIS PUTTERMAN, ed., *La naturaleza económica de la empresa*. Alianza, Madrid, 1994]
- ARRUÑADA, B. (1996b). «Análisis contractual de la empresa: Una introducción aplicada». *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*. Vol. 5, n.º 3, pp. 41-56.
- BARNARD, C. I. (1938). *The functions of the executive*. Harvard University Press. Cambridge Mass. [Versión en castellano (1959). *Las funciones de los elementos dirigentes*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid].
- BURNS, T., y STALKER, G. M. (1961). *The management of innovation*. Tavistock. Londres.
- CYERT, R. y MARCH, J. A. (1963). *Behavioral Theory of the Firm*. New Jersey: Englewood Cliffs. Prentice Hall. [Versión en castellano (1965). *Teoría de las decisiones económicas en la empresa*. Herrero Hermanos Sucesores, S.A. México DF].
- DE LA FUENTE S., J. M.; GARCÍA-TENORIO, J.; GUERRAS, L. A., y HERNANGÓMEZ, J. (1997). *Diseño organizativo de la empresa*. Civitas. Madrid.
- HALL, R. H. (1983). *Organizaciones: estructura y proceso*, Prentice-Hall, Mexico, D.F.
- HUERTA, E. (1993). *La empresa: Cooperación y conflicto*. Eudema. Madrid.
- LAWRENCE, P. R., y LORSCH, J. (1967). *Organization and environment*. Harvard Business School Press. Boston. [Traducción al castellano: *La empresa y su entorno*. Plaza y Janés. Barcelona. 1987.
- MARCH, J. G., y SIMON, H. A. (1958). *Organizations*. John Wiley and Sons. New York. [Versión en castellano (1977). *Teoría de la Organización*.: Ariel. Barcelona].
- MINTZBERG, H. (1979). *The Structuring of Organizations (A Synthesis of the Research)*. Prentice-Hall Internacional. [Traducción al castellano: *La estructuración de las organizaciones*. Ariel. Barcelona. 1988].
- (1983). *The Power in and around Organizations*. Prentice-Hall Internacional. [Traducción al castellano: *El poder en la organización*. Ariel. Barcelona. 1992].
- ORELLANA, W.; CHAVES, R. RUEDA, C. (2003). *Antecedentes institucionales y gobierno de la empresa de trabajo asociado. Efectos de la descentralización contractual en el proceso de toma de decisiones*. En IX Jornadas de Investigadores en economía social y cooperativa. Universidad de Valladolid. Valladolid. Noviembre de 2003.
- ORELLANA, W.; MONREAL G, M (2010). *Control. Incentivos y comportamiento en las organizaciones*. ACDE. Valencia. España.
- OUCHI, W. G. (1980). «Markets bureaucracies and clans», *Administrative Science Quarterly*, vol. 25, pp. 124-141.
- (1969). «The Context of Organizational Structures». *Administrative Science Quarterly*. Vol. 14, n.º 1, pp. 91-114.
- RICART, J; y ROSANAS, J. M. (1995). «Control and Incentives in Organizational Design». *IESEE*. University of Navarra. Vol. 285, pp. 1-21.
- SIMON, H. A. (1947). *Administrative Behaviour. A study of decision making processes in administrative organization*. New York: Harper & Brothers. [Versión en castellano (1972). *El comportamiento administrativo. Estudio de los procesos de adopción de decisiones en la organización administrativa*. Aguilar. Madrid].
- (1979). *Models of Thought*. Yale University Press New Haven. CT.

- THOMPSON, J. D. (1967). *Organizations in Action*. McGraw-Hill, Inc. New York. [Versión castellana: *Organizaciones en acción*. McGraw-Hill. Bogotá. 1994].
- WILLIAMSON, O. E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism*. Nueva York. The Free Press. [Traducción al castellano: *Las instituciones económicas del capitalismo*. Fondo de Cultura Económica, México, 1989].
- (1985). *The Economic Institutions of Capitalism*. Nueva York. The Free Press. [Traducción al castellano: *Las instituciones económicas del capitalismo*. Fondo de Cultura Económica, México, 1989].
- WOODWARD, J. (1965). *Industrial Organization: Theory and practice*. Oxford University Press. New York.

CAPÍTULO III

La sociedad participada en la ley 44/2015 de 14 de octubre

JAVIER MUÑECAS HERRERAS

ASLE Sociedades Laborales de Euskadi

SUMARIO: I. MOTIVACIONES Y OBJETIVOS. II. CONCEPTO DE SOCIEDAD PARTICIPADA. III. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES.

La «*Ley 44/2015 de 14 de octubre de sociedades laborales y participadas*» establece por primera vez en nuestra legislación, tal y como se dice en su exposición de motivos, un definición del concepto de Sociedad participada por las personas trabajadoras.

El concepto propuesto por el legislador, como veremos a lo largo de este breve artículo, resulta desde luego bastante abierto y por ello puede dar cabida a realidades y niveles muy diferentes de participación de los trabajadores en la empresa.

El objetivo de este estudio no es realizar un análisis exhaustivo de la norma en cuestión sino más bien hacer una reflexión sobre su relevancia, su utilidad y las oportunidades que con ella se despliegan para el efectivo fomento de la participación de las personas trabajadoras en la empresa en España.

De este modo, lo que se pretende con este artículo es exponer las motivaciones y los objetivos de la regulación de la sociedad participada que se ha puesto en vigor, analizar someramente el concepto elegido por el legislador y evaluar la utilidad de la ley para ser un instrumento útil al servicio de la difusión y consolidación de la participación de las personas trabajadoras en la empresa.

Vayamos pues avanzando poco a poco.

I. MOTIVACIONES Y OBJETIVOS

La importancia de la idea de la participación de las personas trabajadoras en la empresa, como factor fundamental para configurar la empresa del presente y del futuro, es algo que hoy no discute casi nadie. Es prácticamente un «paradigma» que debe caracterizar a una empresa avanzada y moderna. Las bondades de la participación por tanto parece que están comúnmente aceptadas, al menos en teoría.

Mediante la «*Ley 44/2015 de 14 de octubre de sociedades laborales y participadas*» el legislador español se apunta a lo que es ya una orientación muy importante de la Unión Europea en materia de política de empresa y relaciones laborales. La exposición de motivos de la norma cita expresamente como bases del capítulo III de la misma, la dedicada expresamente a la regulación de las sociedades participadas por los trabajadores, la *Recomendación del Consejo Europeo de 27 de julio de 1992 relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y resultados de la empresa*, y el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la participación financiera de los trabajadores en Europa de 21 de octubre de 2010*. Vemos por tanto que la norma entronca directamente, como no podía ser de otra forma, con la tendencia cada vez más importante en el ámbito europeo del fomento del concepto de la participación de los trabajadores en la empresa.

La cuestión aquí sería responder a la pregunta de por qué se ha aprovechado la modificación de la regulación de las sociedades laborales para formular por primera vez en nuestro país un concepto de sociedad participada por las personas trabajadoras, definición que explicaremos más adelante. No olvidemos que esta ley 44/2015 es la que viene a derogar la *Ley 4/1997 de 24 de marzo de sociedades laborales* y que la mayor parte de su articulado, 17 de 20 artículos, está dedicada a la renovación de la regulación jurídica de este modelo de empresa, por lo que bien podríamos decir que la parte, breve, de la ley dedicada a las sociedades participadas, es una suerte de «apéndice» de la ley.

Pues bien, desde mi punto de vista es un apéndice que está integrado de forma muy natural en la ley y con una lógica muy clara y sencilla. La exposición de motivos destaca que *el modelo de la sociedad laboral es uno de los máximos exponentes de la participación de los trabajadores en las empresas, encontrándose a la vanguardia en relación a la regulación de la de este tipo de entidades en Europa*.

La sociedad laboral es el modelo paradigmático de sociedad de capital participada por los trabajadores. No hay ningún otro modelo societario

en el derecho español y seguramente en el europeo que establezca una regulación completa de sociedad mercantil basada en la participación mayoritaria de los trabajadores en el capital. Por tanto, siendo la sociedad laboral el máximo exponente de empresa participada por los trabajadores en la propiedad, es evidente que la sociedad laboral es la referencia de la empresa participada. Por ello, qué mejor sitio para establecer el primer concepto de empresa participada por las personas trabajadoras que la ley de sociedades laborales.

Por otra parte, hay que destacar que entre las propuestas formuladas por el sector de la sociedad laborales al Ministerio de Empleo para la modificación de la ley ya se introdujo la idea de incluir la regulación del concepto de sociedad participada por trabajadores en la nueva ley de sociedades laborales, ya que desde el mundo de la sociedad laborales ya existía la apuesta estratégica, como veremos más adelante, de liderar en España la promoción de la empresa participada financieramente.

El hecho de que se haya vinculado directamente la sociedad participada con el mundo de las sociedades laborales es sin duda un hito muy importante para el sector, porque lo sitúa en el centro del escenario de la participación de los trabajadores en la empresa, clave de futuro de la empresa en España y en Europa.

Esta vocación del mundo de las sociedades laborales por situarse lo más cerca posible del fenómeno de la participación de los trabajadores en la empresa viene de lejos y es muy anterior a la ley de 2015 como se ha dicho anteriormente. Así, por ejemplo, en el *Tercer Congreso de la Agrupación de Sociedades laborales de Euskadi (ASLE)* que tuvo lugar en 2012, coincidiendo con el 30 aniversario de la Entidad tuvieron lugar interesantes debates sobre el fenómeno de la participación y el papel que la sociedad laboral y sus entidades representativas podrían jugar en ese terreno.

En ese Congreso se planteó como una propuesta de futuro el incorporar al mundo de las sociedades laborales a la empresa participada. En el libro editado por ASLE con las reflexiones, debates y resoluciones del citado Congreso, titulado «*Tiempo de crisis, tiempo de oportunidades*» se expone la ponencia central titulada «*La Sociedad Laboral del siglo XXI*». En este documento esencial del Congreso, en el que se pone en valor el hecho de que las sociedades laborales suponen una experiencia real y contrastada de participación de los trabajadores en la empresa de más de 30 años de existencia, ya se decía que «*la sociedad laboral se presenta como el óptimo de de la empresa participada que pone en práctica de manera más completa la bondad de la participación*» y entre las resoluciones aprobadas se incluía la siguiente:

«ASLE asociará a las empresas que manifiesten su compromiso en promover y facilitar que todas las personas trabajadoras sean socias, y en avanzar en el concepto de empresa participada. Para ello ASLE incorporará a su Visión la voluntad de liderar en Euskadi la promoción de la empresa participada financieramente por los trabajadores, proponiendo a CONFESAL (Confederación de Sociedad Laborales de España) que lidere la misma iniciativa en el Estado».

Como se puede apreciar, por tanto no es casualidad que el legislador haya optado por regular por primera vez la sociedad participada por las personas trabajadoras en el marco de la ley de sociedad laborales.

II. CONCEPTO DE SOCIEDAD PARTICIPADA

Expuesto lo anterior, veamos ahora qué concepto de sociedad participada se define en la *«Ley 44/2015 de 14 de octubre sociedades laborales y participadas»*.

La regulación de la sociedad participada ocupa uno de los tres capítulos de la Ley 44/2015, concretamente el tercero, titulado *«Sociedades participadas por los trabajadores»* que comprende tres de los veinte artículos de la ley, así como una disposición adicional, la quinta (habilitación para el desarrollo reglamentario).

La regulación es breve y sencilla: fundamento y principios de la sociedad participada (artículo 18), concepto (artículo 19) y reconocimiento (artículo 20).

El fundamento de esta nueva modalidad societaria, si se puede considerar como tal, va precedido de una «solemne» declaración, que adquiere aparentemente la forma de «mandato» a los poderes públicos, en favor de la misma:

Artículo 18

«1. Los poderes públicos promoverán la constitución y desarrollo de las sociedades participadas por los trabajadores».

Con independencia del alcance real que pueda llegar a tener esta declaración, (casi dos años después de la puesta en vigor todavía no se ha articulado, que se sepa, ninguna medida para la «promoción» y «desarrollo» de las sociedades participadas) es indudable su importancia, porque pone una base para empezar un camino, porque está claro, tal y como explicaré más adelante, que esta ley no es más que un punto de partida y precisamente por ello adolece, hay que reconocerlo, de algunas insuficiencias en este capítulo dedicado a las sociedades participadas.

Es en el epígrafe 2 donde se expone el fundamento elegido por el legislador para justificar la creación de esta nueva modalidad societaria:

«2. La participación de los trabajadores en los resultados y en la toma de decisiones de las sociedades contribuye al aumento de la autonomía del trabajador en su lugar de trabajo, y fomenta la colaboración en la estrategia futura de la empresa».

Seguramente una norma tan «líquida» hubiera tenido un mejor encaje en la exposición de motivos, pero su incorporación al articulado de la ley, con independencia de la opinión técnica que a cada cual le merezca, supone un refuerzo al reconocimiento de la importancia de la participación de las personas trabajadoras por parte del legislador, sobre todo habida cuenta de que las exposiciones de motivos no tienen propiamente valor normativo aunque puedan ser tenidas en cuenta en la interpretación de las leyes.

El apartado 3 está dedicado a los principios que inspiran estas sociedades:

3. Las sociedades participadas por los trabajadores se someten a los siguientes principios:

- a) Promoción del acceso de los trabajadores al capital social y/o a los resultados de la empresa.*
- b) Fomento de la participación de los trabajadores en la toma de decisiones de la sociedad.*
- c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.*

De estos principios podríamos decir lo mismo que lo dicho en relación a los fundamentos, es decir de nuevo nos encontramos en un terreno más declarativo que de derecho positivo. De nuevo derecho «líquido».

Sea como fuere, más allá de la discusión sobre la ubicación, y con sobre el ello rango legal del fundamento y principios de las sociedades participadas, parece evidente que lo dispuesto en los artículos expuestos requiere el desarrollo previsto en la disposición final quinta para ser algo más que palabras.

En relación a los principios, sobre lo que debemos llamar la atención es que lo dispuesto en el apartado tercero que coincide, no literalmente pero casi, con lo que en el artículo 13 de la ley, el dedicado al órgano de administración de las sociedades laborales, se establece sobre las pautas de actuación de los administradores de este tipo de sociedades:

Artículo 13.3

«La actuación de los administradores debe ser diligente, leal, responsable, transparente y adecuada a las peculiaridades de la sociedad laboral como modelo de sociedad específico. Deberán favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y la conciliación de la vida personal, familiar, y laboral».

De esto se deduce que el legislador considera que los principios inspiradores de las sociedades participadas por los trabajadores son básicamente los mismos que los de la figura de la Sociedad laboral, en coherencia con la idea que subyace en la ley de que la sociedad laboral es el tipo más avanzado y completo de sociedad de capital participada financieramente por las personas trabajadoras.

Esto nos conduce a otro debate: ¿las sociedades participadas por las personas trabajadoras forman parte de la Economía Social? Por lo visto hasta ahora parece evidente su relación directa con la sociedad laboral, aunque no se configure como una especie de «sub tipo» o modalidad de ésta, sino como un tipo propio. Pero la relación es evidente. La Sociedad laboral es uno de los modelos recogidos expresamente como integrantes de la Economía Social en la *«Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social»* y el «parentesco» de las sociedades participadas por los trabajadores con las laborales es claro.

Pero es que además los principios de las sociedades participadas por los trabajadores expuestos en el artículo 18.3 de la Ley de Sociedades laborales y participadas son una transcripción literal del *apartado c del artículo 4 de la Ley de Economía Social*:

«Artículo 4. Principios orientadores.

Las entidades de la economía social actúan en base a los siguientes principios orientadores:

a) ...

b) ...

c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.

d) ...»

Por tanto parece que para el legislador, la Sociedad Participada por los trabajadores, aunque no forma parte de la Economía Social, en su primer diseño legal se encuentra próxima a la misma en función de sus principios inspiradores.

Esto, que puede parecer una mera cuestión teórica, puede tener indudable importancia en relación a la fundada aspiración del sector de las sociedades laborales de liderar y ser la referencia en materia de fomento y promoción de la participación financiera de las personas trabajadoras en la empresa en España.

Sigamos avanzando. Pasemos al examen del concepto de Sociedad participada por los trabajadores establecido en la ley, concepto que, insisto se define legalmente por primera vez en nuestro país. El artículo 19 ofrece dicha definición:

«Artículo 19. Concepto de Sociedad Participada por los Trabajadores.

1. Tendrán la consideración de sociedades participadas por los trabajadores las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no alcancen los requisitos establecidos en el capítulo I, pero promuevan el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos, en particular a través de la representación legal de los trabajadores, y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que cuenten con trabajadores que posean participación en el capital y/o en los resultados de la sociedad.*
- b) Que cuenten con trabajadores que posean participación en los derechos de voto y/o en la toma de decisiones de la sociedad.*
- c) Que adopten una estrategia que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios.*
- d) Que promuevan los principios recogidos en el artículo anterior.*

2. Su actuación deberá ser diligente, leal, responsable y transparente, y deberán favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

3. Asimismo, adoptarán políticas o estrategias de responsabilidad social, fomentando las prácticas de buen gobierno, el comportamiento ético y la transparencia».

De la lectura del artículo se desprende que el legislador ha optado por una definición muy abierta, muy vaporosa, de lo que es una sociedad participada.

Los requisitos son ciertamente laxos:

Sobre la «participación en el capital» no se restablece hay un mínimo de porcentaje que de capital deban poseer los trabajadores de la sociedad ni un número mínimo de éstos que deban ser socios. Por tanto, no se concreta la «intensidad» digámoslo así, de la participación en el capital.

Sobre la «participación en los resultados» se podría concretar más en cuanto a las formas de dicha participación, pero la amplitud de la expresión a mí no me parece precisamente un déficit de la ley.

El concepto «participación en la toma de decisiones» es ciertamente muy abierto y el punto c) «*que adopten una estrategia que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios*» implica extender la consideración de Sociedad participada por los trabajadores a aquellas empresas que adopten un compromiso estratégico por el fomento de la participación y lo hagan visible, lo que puede contribuir a que, con base en este apartado del concepto, se pueda ayudar a avanzar en la participación a empresas en las que la puesta en práctica de la participación esté en una fase muy incipiente.

Es indiscutible que conforme a un concepto tan abierto y vaporoso de «sociedad participada» cabe incluir un enorme abanico de sociedades de capital que pueden ser consideradas como sociedades participadas.

Podría el legislador haber optado por un concepto mucho más definido que delimitara mucho más el ámbito de aplicación de la ley. Pero en mi opinión la opción escogida por el legislador hoy probablemente es la más realista y adaptada al estadio de implantación real de la participación de las personas trabajadores en las empresas en España y estimo que no estamos todavía en condiciones de plantear un concepto totalmente delimitado de sociedad participada por los trabajadores.

Con esta definición, que admite todas las formas de participación posibles, en la gestión, en los resultados y en el capital, creo que se plantea un punto de partida, como he dicho anteriormente, para trabajar en el fomento real de la participación, concepto que corre el riesgo de convertirse en un «lugar común» al que se acude para hacer un bonito discurso, concepto al que no queda bien oponerse, pero que puede quedar vacío de contenido si no se trabaja en serio en él. Y con todas las reservas que el concepto definido en esta ley pueda provocar, el paso, insisto, como punto de partida me parece positivo.

Por último en relación a la cuestión del concepto de sociedad participada hay que decir, de nuevo, que consagra a la sociedad laboral como modelo paradigmático de participación de los trabajadores en la empresa cuando indica que «*tendrán la consideración de sociedades participadas por los trabajadores las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no alcancen los requisitos establecidos en el capítulo I (los relativos a la sociedad laboral) pero promuevan el acceso a la condición de socios de los trabajadores*».

Es decir, las sociedades participadas se sitúan en un escalón inferior de participación a las laborales, aunque esto no quiera decir, en mi opinión, que lo que se pretenda con esta ley sea establecer la sociedad participada como un paso previo de un proceso cuyo punto final para las empresas que

se adentran en el mismo sea convertirse en una sociedad laboral. Creo que no es esto lo que se pretende, puesto que la Sociedad Laboral es el estadio máximo de participación en el capital, en mi opinión el más transformador, que puede no ajustarse ni ser la respuesta a las necesidades y objetivos de un gran número de empresas interesadas en la participación.

Por tanto, aunque la sociedad laboral se configura como el escalón superior de participación financiera, participación mayoritaria en el capital por parte de las personas trabajadoras, estimo que la ley no establece el concepto de sociedad participada por los trabajadores como una fórmula de tránsito hacia la sociedad laboral.

Podemos decir que la Sociedad laboral y la Sociedad Participada por los trabajadores según esta ley tienen un objetivo común: promover el acceso de las personas trabajadoras a la condición de socios.

En mi opinión con la definición de Sociedad participada elegida por el legislador, abierta pero por ella comprensiva de las amplias posibilidades de participación que puedan darse en el seno de las empresas, se puede conseguir que muchos empresarios se acerquen al fenómeno de la participación con menos recelos o reservas. Y lo mismo se puede decir en relación a las organizaciones sindicales. Y esto es importante puesto que sin conseguir una sensibilidad favorable al fomento de la participación de los trabajadores en empresarios y sindicatos no se podrá avanzar en este fenómeno.

El tercer y último artículo que la ley dedica a la sociedad participada es el referido al reconocimiento de este tipo de sociedades:

«Artículo 20. Reconocimiento.

- 1. Podrán ser reconocidas como sociedades participadas por los trabajadores, aquellas que cumplan con lo establecido en el presente capítulo, de acuerdo al procedimiento que se establezca reglamentariamente por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.*
- 2. Las administraciones públicas podrán adoptar, en el ámbito de sus competencias, medidas que, de forma armonizada y coordinada, promuevan e impulsen la participación de los trabajadores en las empresas».*

Con este artículo se completa todo el ciclo: fundamento, principios, definición y reconocimiento de las sociedades participadas por los trabajadores. Con ello, en mi opinión, se aborda en la ley todo lo que hay que abordar, probablemente de forma demasiado inconcreta desde un punto de vista técnico-jurídico, con muchos conceptos indeterminados y abiertos, es cierto, pero también, con una forma que se corresponde con el estado incipiente en que se encuentra la realidad de la participación en nuestro

país. Y en una forma en que, como he dicho anteriormente, se puede producir la aproximación de empresarios y sindicatos al concepto de la participación con menos recelos.

La cuestión en relación al reconocimiento estriba en determinar a qué efectos se reconocerán las sociedades participadas por los trabajadores. La ley no lo dice expresamente, pero el apartado 2 del artículo 20 parece dar a entender que el reconocimiento lo puede ser fundamentalmente a efectos de la puesta en práctica por las administraciones pública de medidas de fomento de la participación de los trabajadores, de modo que el ámbito de aplicación de estas medidas pueda definirse en torno a las empresas participadas previamente reconocidas. A través del reconocimiento, que bien puede ser articulado a través de la creación de un registro administrativo central o registros de Comunidades Autónomas de sociedades participadas por los trabajadores se pueden dar pasos muy importantes en una cuestión previa: la necesaria identificación de empresas que puedan ser consideradas sociedades participadas por los trabajadores.

Para terminar la exposición de las disposiciones de la Ley 44/2015 relativas a las sociedades participadas por los trabajadores hay que señalar la *Disposición final quinta*: «*Habilitación para el desarrollo reglamentario: El Gobierno a propuesta de los titulares de los departamentos ministeriales afectados, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrá dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de la presente ley, y en concreto, en lo referente al régimen aplicable a las sociedades participadas por los trabajadores, al amparo de lo previsto en el capítulo III de la presente ley*».

Del tenor de esta disposición se desprende la plena conciencia del legislador de que lo que se establece en la ley sobre las sociedades participadas es una regulación básica que requiere de un profundo desarrollo. Pero ¿qué alcance puede tener dicho desarrollo? La verdad es que la disposición final quinta no especifica las materias o aspectos concretos de la ley que pueden ser objeto del desarrollo reglamentario, por lo que se trata de una habilitación teóricamente muy amplia. El legislador podría haber optado por una habilitación reglamentaria más precisa, no sólo en cuanto a las materias a tratar sino también en cuanto a la indicación de los criterios y principios que debieran seguirse en su ejercicio. Pero no lo ha hecho. A pesar de ello se antoja difícil pensar que a través de la utilización de la facultad de desarrollo reglamentario se puede dar una mayor concreción, delimitar más el concepto mismo de sociedad participada, puesto que el concepto en buena lógica debe ser una materia reservada a la ley. No obstante cosas más raras se han visto, por lo que puede ser algo no descartable.

Donde sí estimo que la habilitación para el desarrollo «puede dar juego» es en la articulación de medidas que, en primer lugar, contribuyan a identificar sociedades de capital susceptibles de calificarse como participadas, como la creación del registro antes mencionado, así como en la articulación de medidas de fomento de la participación de los trabajadores cuyos beneficiarias serían las empresas previamente calificadas. La creación de un Organismo (por ejemplo un Consejo) Estatal de Fomento de la participación de los trabajadores en las empresas, así como a nivel de Comunidades Autónomas, puede ser también una medida posible a incluir en el desarrollo de la ley.

Volviendo a algo que he apuntado antes, estimo que el desarrollo se podría también extender a la articulación de las medidas de fomento de la participación sobre todo de carácter fiscal. Es más, en esta línea me atrevo a proponer una posible manera de ir avanzando en la delimitación del concepto de sociedad participada por los trabajadores. Se trataría de ir concretando el concepto a base de asociar a diferentes niveles de participación, en resultados, en el órgano de administración, en la propiedad, diferentes niveles de beneficios fiscales bajo la idea de la progresividad, es decir, a mayor nivel de participación mayor nivel de beneficios fiscales. De este modo, por ejemplo, la participación directa en el capital de los trabajadores conllevará un régimen fiscal más favorable que la participación en beneficios, y dentro de la participación en el capital, cuanto mayor sea el porcentaje de acciones o participaciones en poder de los trabajadores y mayor sea el número de trabajadores socios que haya en la empresa mayores beneficios fiscales.

III. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

Voy terminando y ofreciendo algunas conclusiones. La Ley 44/2015 de 14 de octubre es un hito legislativo para el sector de las sociedades laborales y a la vez es un reto y una oportunidad pero el desarrollo del fenómeno de la participación en España, donde más allá de las sociedades laborales y las cooperativas, la utilización de instrumentos de participación financiera (en resultados y en el capital) de los trabajadores ha tenido escasa presencia en el resto de modelos empresariales. Esta ley puede contribuir a la extensión de estas fórmulas de participación en empresa llamémosle así, «convencionales». La experiencia de 40 años de las sociedades laborales como modelo máximo de sociedad de capital participada por los trabajadores hace que este sector tenga mucho que aportar en la materia,

especialmente en lo relativo a la sustitución de unas relaciones laborales basadas en la confrontación por unas basadas en la cooperación, la colaboración y la corresponsabilidad.

La ley como he dicho, brinda la oportunidad para avanzar. Pero una ley como esta no será nada sino se acompaña de una decidida política de las administraciones públicas de promoción de la participación financiera de los trabajadores en las empresas. Esa promoción de la participación conlleva trabajar en la creación de un estado de opinión favorable a la participación de los trabajadores entre el mundo empresarial y el sindical. Para ello, además de campañas de sensibilización, en mi opinión es muy importante poner en valor las experiencias reales y de buenas prácticas de participación, no exclusivamente financiera, que puedan identificarse. Realmente hoy, fuera de experiencias de participación financiera de grandes empresas, no son visibles muchos ejemplos de participación en pequeñas y medianas empresas que, seguramente, serían mucho más estimulantes como modelos a seguir por empresarios interesados en aproximarse al concepto de la participación. Por eso es importante trabajar en la identificación y difusión de esos ejemplos.

También sería muy conveniente la creación de una *mesa de trabajo para la promoción de la empresa participada* con presencia del Gobierno, las patronales, los sindicatos y, en especial, del sector de las sociedades laborales que puede aportar la experiencia de un modelo real de participación de cuatro décadas de existencia.

En definitiva, esta ley a pesar de su insuficiencia en muchos aspectos pone una base muy importante para avanzar en el fomento de la participación de los trabajadores en España. En base a la misma se puede diseñar a través de fórmulas de colaboración entre lo público y lo privado todo un itinerario para el avance de la participación de los trabajadores en la empresa en España. La ley ofrece una oportunidad en este sentido si se adoptan las medidas reales para que no se quede en una declaración de principios. Como propuesta de trabajo insisto en la línea que he esbozado anteriormente. Creo que para empezar hay que trabajar en la identificación de pymes y micro-pymes (las grandes ya están identificadas) con experiencias reales de participación, tanto en capital como en beneficios o empresas interesadas en la participación. A partir de esa identificación se puede trabajar en la selección, exposición y difusión de buenas prácticas que pongan en evidencia que las bondades de la participación son reales y no teóricas. Este es en mi opinión un aspecto clave. O convencemos al mundo empresarial, sobre todo el de la pequeña y mediana empresa, que cuando decimos que las empresas participadas por los trabajadores son

más competitivas, mejoran su productividad y su rentabilidad, generan más y mejores empleos y por tanto son más sostenibles nos estamos refiriendo a una realidad acreditada. Por eso la identificación de realidades de participación y la difusión de buenas prácticas son un punto de partida imprescindible. Y a partir de ahí sigamos recorriendo este largo camino.

Análisis crítico de la regulación de la sociedad participada. Propuestas de desarrollo legislativo¹

MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba*

SUMARIO: I. OPORTUNIDAD PERDIDA, NO CONCERTADA CON LAS ORGANIZACIONES SOCIALES. 1. Desarrollo pendiente del art. 129.2 CE. 2. Orientaciones Comunitarias. 3. Las Sociedades participadas por los trabajadores en la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas. 4. Dictamen del Consejo Económico y Social de España (CES). II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DE LA SOCIEDAD PARTICIPADA QUE LA LEY CONTEMPLA. 1. Contradicción entre la Justificación de su regulación y el articulado. Modalidades de sociedades participadas contempladas. 2. Desarrollo reglamentario imposible. III. PROPUESTAS DE DESARROLLO LEGISLATIVO. 1. Derogación del Capítulo III y reforma de la LSLP para dar acomodo a las de participación financiera minoritaria y a las no calificadas por cualquier otra causa, las nuevas «participadas». 2. Elaboración de una nueva Ley específica para la participación de los trabajadores en la empresa, en sus distintas formas (financiera, dirección y resultados). 2.1. Modalidades societarias de participación. A) Participación financiera. B) Participación en los resultados. C) Participación en la toma de decisiones. D) Estrategias empresariales para la participación. (Si se mantiene esta opción prevista en la LSLP). 3. Dar acomodo en el Derecho Mercantil a los derechos de participación de los trabajadores. 4. Extender lo dispuesto respecto a la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Bibliografía.

I. OPORTUNIDAD PERDIDA, NO CONCERTADA CON LAS ORGANIZACIONES SOCIALES

Como ya señaló el CES (2015) en su *Dictamen 6/2015, sobre el Anteproyecto de la Ley de Sociedad Laborales y Participadas*, la regulación de las Sociedades

¹ Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Economía Social, Auto-gestión y Empleo» (DER2016-78732-R) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

Participadas contemplada, era una oportunidad perdida para un desarrollo legislativo, concertado con las organizaciones sociales, de las diversas formas de participación en la empresa previstas en el art. 129.2 CE. Una cuestión de indudable interés y trascendencia que debe ser tratada sin precipitación ni de manera improvisada, contando con el mayor respaldo político posible y, desde luego, con el acuerdo de empresarios y trabajadores, que, casi 40 años después de la aprobación de la Carta Magna, continúa pendiente de ser abordado jurídicamente de manera integral, ya que, de manera parcial, solo encontramos lo relacionado con la representación colectiva y la información y consulta, regulado en la legislación laboral vigente.

1. Desarrollo pendiente del art. 129.2 CE

La Constitución fija los pilares para la construcción de una sociedad igualitaria y participativa en todos sus ámbitos, incluidos los económicos, productivos y de la empresa. El art. 9.2, ordena a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, así como a «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Desde esta perspectiva, la empresa, cualquiera que sea su modalidad, constituye un grupo de integración ciudadana, en cuanto trabajadora, en las esferas económica y productiva.

Dicho mandato queda concretado en el art. 129.2, en cuanto ordena a los poderes públicos «promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y el establecer los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción». Si dejamos a un lado la legislación relativa a sociedades cooperativas de trabajo y sociedades laborales, que constituyen modalidades societarias y empresariales específicamente diseñadas para la participación, su desarrollo general en cuanto a una promoción eficaz las diversas formas de participación en la empresa (gestión y control, beneficios, etc.) y el establecimiento de mecanismos que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (mediante el accionariado u otros sistemas), es un tema pendiente de abordar de manera integral.

Hasta el momento, como hemos indicado, solo se han regulado los derechos de información y consulta, mediante su inclusión en el Estatuto de

los Trabajadores² (ET) y legislación complementaria. El art. 4.1 ET, reconoce como derecho básico, el de *Información, consulta y participación en la empresa*, que el Artículo 61 concreta al establecer que, *sin perjuicio de otras formas de participación*, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en ese título (*Delegados de personal y Comités de empresa*) cuyas competencias se circunscriben al derecho a ser informados y consultados por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en el art. 64. Todo ello, además del derecho a participar, por medio de sus representantes legales en el centro de trabajo, en asuntos de relativos a la seguridad y salud en el trabajo, previsto en el art. 19 ET y desarrollado por la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales*. A lo que habría que añadir, circunscrito a su ámbito concreto, las disposiciones contenidas al respecto en la *Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas*.

2. Orientaciones Comunitarias

Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores (Schmid-Drüner, 2017), constituyen uno de los pilares fundamentales del sistema europeo de relaciones laborales. Al respecto existe una amplia gama de disposiciones en el Derecho Comunitario, aunque en su mayoría relativas exclusivamente a la información y consulta³.

² Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

³ Principalmente: Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, referente a los despidos colectivos; Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 marzo de 2001, relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad; Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea; Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (versión refundida); Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición; Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.

En materia de participación propiamente dicha (*Participación en la empresa*), encontramos una mención, bastante vaga a la cogestión en el Artículo 153 TFUE, donde se establece que, para la consecución de los objetivos del artículo 151⁴, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros, entre otros, en el ámbito de la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la *cogestión*. Además de un conjunto de directivas que reconocen derechos parciales de participación en la toma de decisiones en empresas que tienen un componente transnacional:

- a) *Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores*. Donde no solo se regulan los derechos de información y consulta a los trabajadores a través de un órgano similar a los comités de empresa europeos, sino que también se prevé la participación de los trabajadores en los consejos de administración.
- b) *Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea*, donde establece normas relativas a los mecanismos que deben preverse en las sociedades cooperativas europeas (SCE) para garantizar que los representantes de los trabajadores puedan influir en la gestión de la empresa.
- c) *Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital*: contiene asimismo normas relativas a la determinación del régimen de participación de los trabajadores que debe aplicarse en una empresa fusionada.

Fuera de dichas normas, solo encontramos recomendación y buenos propósitos relativos a la participación financiera de los trabajadores en la empresa, así como al reconocimiento de las ventajas que reportaría, recogidos fundamentalmente en:

⁴ La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la *Carta Social Europea*, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

- a) La *Recomendación del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa (incluida la participación en el capital)*. Esta Recomendación invita a los Estados Miembros a reconocer los posibles beneficios de una utilización más extendida, a nivel individual o colectivo, de una amplia variedad de fórmulas de participación de los trabajadores por cuenta ajena en los beneficios y los resultados de la empresa, tales como la participación en beneficios, el accionariado o fórmulas mixtas; y a tener en cuenta, en este contexto, el papel y la responsabilidad de los interlocutores sociales, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales. También recomienda garantizar que las estructuras jurídicas permitieran la introducción de las fórmulas de participación, que se considerara la posibilidad de conceder estímulos tales como incentivos fiscales u otras ventajas financieras, para fomentar la introducción de determinadas fórmulas de participación; y el fomento de la utilización de fórmulas de participación facilitando el suministro de información adecuada a todas las partes que pudieran estar interesadas.
- b) *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Participación financiera de los trabajadores en Europa», de 21 de octubre de 2010*. Pone de manifiesto que la participación financiera de los trabajadores representa una posibilidad de hacer participar más y mejor a las empresas y a los trabajadores, así como a la sociedad en su conjunto, en el éxito de la creciente europeización de la actividad económica. El objetivo del dictamen es animar a Europa a elaborar un marco de referencia que fomente la conexión social y económica de Europa, agilizando la aplicación de la participación financiera de los trabajadores en distintos niveles. En base a este dictamen, el Comité Económico y Social Europeo pide que se adopte una nueva recomendación del Consejo relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa.
- c) *Estrategia «Europa 2020»*. Para este documento, la participación financiera de los trabajadores puede constituir uno de los mecanismos para fortalecer la competitividad de las Pymes europeas, ya que aumenta la identificación con ellas y la vinculación de sus trabajadores cualificados —tanto en los buenos como en los malos tiempos—. Así, la participación financiera de los trabajadores también contribuirá a garantizar un futuro sostenible. De esta manera se da a los trabajadores la posibilidad de aumentar a largo plazo su patrimonio de manera sencilla, lo cual permite añadir recursos complementarios

para vivir después de dejar de trabajar. Los trabajadores a los que se permite participar en los resultados de la empresa sienten que se les tiene más en cuenta por su contribución a los resultados obtenidos por la empresa. Sin perjuicio de otras formas de codecisión e intervención en las decisiones de la empresa, las participaciones en el capital pueden —en función de cómo se desarrollen— llevar a una participación en la toma de decisiones, por ejemplo, mediante el derecho de voto de los accionistas. En el caso de participación en forma de acciones, el derecho de voto de los accionistas, tanto individual como colectivo, puede ejercerse, por ejemplo, mediante una sociedad de participación financiera.

- d) *Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales*. El Parlamento Europeo vuelve a recordar las ventajas de implicar a los trabajadores en la toma de decisiones y la gestión de las empresas para hacer buen uso de las nuevas formas de organización del trabajo y para anticipar los cambios económicos, y cita a las empresas de economía social, como las cooperativas, como un buen ejemplo de cómo crear empleo de calidad, apoyar la inclusión social y promover una economía participativa (Schmid-Drüner, 2017).

En el terreno de lo concreto, la *Recomendación del Consejo* (1992) contiene, por una parte la concreción de instrumentos: *participación en beneficios, el accionariado o fórmulas mixtas*; además de tener en cuenta, *el papel y la responsabilidad de los interlocutores sociales*; y de cara a su regulación *que las estructuras jurídicas permitieran la introducción de las fórmulas de participación*; que se considere la posibilidad de conceder *estímulos tales como incentivos fiscales u otras ventajas financieras*, para fomentar la introducción de determinadas fórmulas de participación; y que *se fomente la utilización de fórmulas de participación facilitando el suministro de información adecuada* a todas las partes que pudieran estar interesadas, para que constituyan las líneas maestra de las legislaciones nacionales sobre la materia. Sin duda, una hoja de ruta para orientar la legislación sobre participación en la empresa, por parte de los Estados Miembros que, como veremos, no ha sido tenida en cuenta por parte del legislador español.

3. Las Sociedades participadas por los trabajadores en la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas

Como se analiza en otros capítulos de este libro, la Ley dedica a las *Sociedades participadas por los trabajadores*, el capítulo III, con solo tres artículos

(18-20), además las Disposición final quinta, donde se habilita al Gobierno para el desarrollo reglamentario, en concreto, en lo referente al régimen aplicable a las sociedades participadas por los trabajadores, al amparo de lo previsto dicho capítulo.

Su contenido, de forma esquemática es el siguiente:

A. Fundamento y principios (art. 18).

Un compromiso público de promoción:

- Los poderes públicos promoverán la constitución y desarrollo de las sociedades participadas por los trabajadores.

Una valoración positiva de la participación:

- La participación de los trabajadores en los resultados y en la toma de decisiones de las sociedades contribuye al aumento de la autonomía del trabajador en su lugar de trabajo, y fomenta la colaboración en la estrategia futura de la empresa.

El establecimiento de sus principios:

- a) Promoción del acceso de los trabajadores al capital social y/o a los resultados de la empresa.
- b) Fomento de la participación de los trabajadores en la toma de decisiones de la sociedad.
- c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad. *Que se corresponde literalmente con la letra c) del art. 4 Principios orientadores, de la Ley de Economía Social⁵.*

B. Concepto de Sociedad Participada por los Trabajadores (art. 19).

Tendrán la consideración de sociedades participadas por los trabajadores las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no alcancen los requisitos establecidos en el capítulo I, pero promuevan el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos, en particular a través de la representación legal de los trabajadores, y cumplan **alguno** de los siguientes requisitos:

⁵ Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

- a) Que cuenten con trabajadores que posean participación en el capital y/o en los resultados de la sociedad.
- b) Que cuenten con trabajadores que posean participación en los derechos de voto y/o en la toma de decisiones de la sociedad.
- c) Que adopten una estrategia que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios.
- d) Que promuevan los principios recogidos en el artículo anterior.

Su actuación deberá ser diligente, leal, responsable y transparente, y deberán favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. (*Repite art. 13.3 LSLP*).

Asimismo, adoptarán políticas o estrategias de responsabilidad social, fomentando las prácticas de buen gobierno, el comportamiento ético y la transparencia.

C. Reconocimiento (art. 20).

- a) Podrán ser reconocidas como sociedades participadas por los trabajadores, aquellas que cumplan con lo establecido en el presente capítulo, de acuerdo al procedimiento que se establezca reglamentariamente por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- b) Las administraciones públicas podrán adoptar, en el ámbito de sus competencias, medidas que, de forma armonizada y coordinada, promuevan e impulsen la participación de los trabajadores en las empresas.

4. *Dictamen del Consejo Económico y Social de España (CES)*

El Consejo Económico y social de España, en su *Dictamen 6/2015*, emitió una valoración ciertamente crítica respecto a cómo Anteproyecto abordaba la regulación de las Sociedades Participadas por los Trabajadores, definidas por primera vez en el ordenamiento jurídico español, planteando propuestas concretas y matizaciones que, a la postre, no serían tomadas en consideración ni por el Gobierno, antes de enviar el texto definitivo del Proyecto de Ley a las Cortes, ni por éstas en su tramitación parlamentaria.

El CES considera necesaria la regulación de las sociedades participadas por trabajadores, pero a partir de una normativa mucho más completa y precisa, resultado de un proceso de diálogo y consenso con los inter-

locutores sociales. Hubiese sido deseable, dice, someter el Anteproyecto a la consulta previa de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas toda vez que regula una materia en la que se encuentran afectados los intereses que aquellas representan, y porque de esa manera se hubiese permitido la propuesta por aquellas de mejoras en diferentes aspectos. Además, continúa, el contar con una ordenación más precisa y completa de las sociedades participadas por los trabajadores podría servir para equilibrar la norma ofreciendo cauces ante posibles dinámicas de transformación y evolución de las sociedades laborales.

En cuanto a los contenidos concretos del Anteproyecto, se quejaba el CES de que se abordaran estas sociedades en unos términos notablemente genéricos, con márgenes de indeterminación, y que sobre ello se emplazara a un futuro desarrollo reglamentario la regulación del procedimiento para su reconocimiento como tales entidades. «En efecto, el tratamiento resulta parco e insuficiente mientras que al mismo tiempo se habilita al Gobierno, en la disposición final quinta, para desarrollar dicho régimen, lo que no parece adecuado desde una óptica de correcta política legislativa». En el mismo sentido, considera que «el régimen jurídico relativo al reconocimiento resulta incompleto, no habiendo establecido unas líneas claras y suficientes en la norma de rango legal para el ulterior desarrollo reglamentario que, de acuerdo con el artículo 20.1, podrá realizar el Ministerio de Empleo y Seguridad Social».

Hay, en fin, aspectos cuya redacción en opinión del Consejo presentan indefiniciones que pueden inducir a confusión o generar espacios de inseguridad jurídica, que sería aconsejable aclarar, cuyo mantenimiento en los mismos o parecidos términos supondría *dejar pasar la oportunidad de disponer de una regulación de rango legal más consistente y correcta, y de una aproximación integral a la participación de los trabajadores en las empresas*.

Con carácter más específico, el CES considera conveniente que la regulación de estas sociedades contenga:

- a) Una aproximación integral de la participación de los trabajadores en las empresas, recogiendo entre otros aspectos la participación de los representantes de los trabajadores.
- b) Que las políticas de impulso y promoción de las sociedades participadas y para promover la participación de los trabajadores en las empresas se dejen abiertas en previsiones sobre las políticas que podrán adoptar los poderes y las Administraciones públicas.

- c) La incorporación de medidas de impulso más concretas a fin de garantizar de manera más clara su puesta en marcha y su desarrollo.

II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DE LA SOCIEDAD PARTICIPADA QUE LA LEY CONTEMPLA

Además de las cuestiones señaladas por el CES, y las primeras aproximaciones doctrinales al tema (Divar, 2015; Andreu, 2016; Calvo, 2016; Gómez, 2016), que ponen el énfasis en la falta de concreción y desarrollo, «estamos ante una mera cita legal del reconocimiento de la participación de los trabajadores en las sociedades mercantiles, que no tiene reconocimientos objetivos, haciendo dejación de esos derechos a la normativa complementaria, lo que supone una indudable inseguridad jurídica para los partícipes (todo dependerá de la sensibilidad al efecto del Gobierno correspondiente)» (Divar, 2015), es preciso resaltar lo desacertado de regular junto a las Sociedades Laborales, entidades de la Economía Social, situaciones societarias que no lo son, donde a lo sumo cabría la regulación de las de participación financiera que no alcanzan, o han perdido, las exigencias para poder ser calificadas como Laborales, lo que permitiría contemplar en la misma norma, situaciones de pérdida o adquisición de dicha calificación. Peor sería, sin embargo, el intentar o pretender identificar a toda sociedad con participación de los trabajadores con la Economía Social.

Además de mezclar economía social con lo que no lo es, coloca en un mismo saco modalidades de partición que encuentran su origen y justificación en realidades muy diferentes. La Ley, contradiciendo lo anunciado en el preámbulo introduce nuevos escenarios donde la participación no encuentra su legitimidad en la adquisición de la condición de socio y el subsiguiente ejercicio de derechos societarios mercantiles, sino en otras legitimidades que la Ley calla.

Con independencia de que, en determinadas circunstancias y requisitos, se reconozca el derecho de adquisición a los trabajadores, mediante el acceso al capital, el trabajador se convierte en socio, su legitimidad para participar viene de ello. Así, la *Ley de Sociedades de Capital*⁶ (LSC) establece en su artículo 91, que cada participación social y cada acción confiere a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconoci-

⁶ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

dos en esta ley y en los estatutos. Derechos que el art. 93 fija, como mínimo, los siguientes:

- a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.
- b) El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.
- c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.
- d) El de información.

Sin embargo, otra legitimidad es la que puede facultar a los trabajadores para participar en los beneficios o en la adopción de acuerdos sin ser socios, que, en su caso, deberá provenir y ejercerse por ser trabajador, y que deberá, en este caso, ser reconocida por vía legal o convencional.

1. Contradicción entre la Justificación de su regulación y el articulado. Modalidades de sociedades participadas contempladas

La Ley, manifiesta en su exposición de Motivos, que las sociedades laborales en España, en sintonía con las recomendaciones europeas, responden al modelo de empresa participada mayoritariamente, siendo unos de los máximos exponentes de la participación de los trabajadores en las empresas en nuestro país y encontrándose a la vanguardia en relación a la regulación de este tipo de entidades en los restantes países de nuestro entorno. En este contexto, y parece que con la voluntad de avanzar en esa línea, pretende regular *las sociedades participadas por los trabajadores*, considerando como tales no solo a las propias sociedades laborales, sino a cualesquiera otras sociedades en las que «los socios trabajadores posean capital social y derechos de voto».

Ósea, que nos encontramos, según el propio preámbulo de la Ley ante un nuevo enfoque centrado en el concepto de *sociedades participadas por los trabajadores*, que estarían integradas por dos modalidades: Las sociedades Laborales, participadas mayoritariamente; y otras de participación minoritaria. Ambos supuestos circunscritos a la participación financiera de los trabajadores en la empresa, con derechos de voto.

Sin embargo este esquema se rompe en el articulado, ya que al definir las como: «las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no

alcancen los requisitos establecidos en el capítulo I,...» (para las sociedades laborales), o sea:

- a) Que la mayoría del capital social no sea propiedad de trabajadores fijos.
- b) Que alguno de los socios sea titular más 1/3 del capital social,
- c) Que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido no socios sea superior al 49% del cómputo global de horas-año trabajadas por el conjunto de los socios trabajadores.

«...pero promuevan el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos, en particular a través de la representación legal de los trabajadores, y cumplan *alguno* de los siguientes requisitos:

- a) Que cuenten con trabajadores que posean participación en el capital y/o en los resultados de la sociedad.
- b) Que cuenten con trabajadores que posean participación en los derechos de voto y/o en la toma de decisiones de la sociedad.
- c) Que adopten una estrategia que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios.
- d) Que promuevan los principios recogidos en el artículo 18».

Está ampliando el concepto a las siguientes modalidades:

1. Sociedades de participación minoritaria en el capital. Que no alcancen los mínimos exigidos a las «Sociedades Laborales». Con socios trabajadores. Lo que conlleva participación en las decisiones y en los resultados, como derechos mercantiles.
2. Sociedades no participadas financieramente por los trabajadores. Sin socios trabajadores.
 - a) Con participación en los resultados de la empresa.
 - b) Con participación de los trabajadores en la toma de decisiones de la sociedad.
3. No necesariamente participadas.
 - a) Que adopten una estrategia que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios.
 - b) Que promuevan los principios del artículo 18.

En realidad, tales requisitos, derivan en seis (al menos) modalidades societarias:

1. Con trabajadores (*socios*) que posean **participación en el capital** y en los resultados de la sociedad.
2. Con trabajadores que posean **participación en los resultados** de la sociedad. (*Sin participación en el capital*).
3. Con trabajadores que posean **participación en los derechos de voto y en la toma de decisiones** de la sociedad.
4. Con trabajadores que posean **participación en la toma de decisiones** de la sociedad. (*Sin derechos de voto*).
5. **Que adopten una estrategia** que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios.
6. **Que promuevan los principios** del artículo 18:
 - a. Promoción del acceso de los trabajadores al capital social y/o a los resultados de la empresa.
 - b. Fomento de la participación de los trabajadores en la toma de decisiones de la sociedad.
 - c. Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad.

Realidades tan diversas no merecen, sin embargo, en el texto legal el menor comentario y todo se deja, además de su reconocimiento como tales, a un posterior desarrollo reglamentario.

2. Desarrollo reglamentario imposible

Si se quiere acometer una regulación adecuada de las diversas formas de participación en la empresa, aunque sean las esbozadas en el art. 19 de la LSLP, definir y concretar las distintas modalidades enunciadas, o anunciadas, y atender a las orientaciones contenidas en la *Recomendación del Consejo UE* (27/7/1992), que cita su exposición de Motivos, consistentes en: Garantizar que las estructuras jurídicas permitan la introducción de las fórmulas de participación; Concesión de estímulos tales como incentivos fiscales u otras ventajas, financieras, para fomentar la introducción de determinadas fórmulas de participación; y Fomentar la utilización de fórmulas de participación facilitando el suministro de información a todas las partes. En un desarrollo reglamentario del Capítulo III LSLP, se deberían abordar las siguientes cuestiones:

1. Concepto de sociedad participada por los «trabajadores».
2. Principios.
3. Derechos de participación.
4. Competencia administrativa.
5. Denominación.
6. Registro administrativo y coordinación con el Registro Mercantil.
7. Reconocimiento y pérdida del reconocimiento.
8. Reservas especiales.
9. Clases.
 1. *Sociedades participadas en el capital social.*
 - a. El socio trabajador.
 - b. Separación y exclusión de socios.
 - c. Capital social. Clases de acciones y participaciones.
 - d. Derecho de suscripción preferente.
 - e. Derecho de adquisición preferente.
 - f. Transmisión de acciones y participaciones.
 - i. En los supuestos de baja laboral.
 - ii. Mortis causa.
 - g. Participación en los órganos sociales.
 2. *Sociedades participadas financieramente de manera colectiva.*
 - a. Sociedades de participación financiera.
 - b. Derechos económicos y políticos.
 3. *Sociedades participadas en los resultados.*
 - a. Resultados generales y laborales.
 4. *Sociedades participadas en la toma de decisiones.*
 - a. Derechos individuales y colectivos.
 - b. Participación en los órganos sociales.
 5. *Sociedades que promueven la incorporación de trabajadores a la condición de socios.*

6. *Sociedades que promueven los principios.*
 - a. Acceso de los trabajadores a los resultados.
 - b. Fomento de la participación en la toma de decisiones.
 - c. Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad.
10. Medidas de estímulo y protección.
11. Régimen laboral.
 1. *Derechos individuales.*
 2. *Derechos colectivos.*
 3. *Representación de los trabajadores en los órganos de representación y gobierno.*
12. Régimen fiscal.
 1. *Sobre la estructura financiera de la sociedad y operaciones.*
 2. *Impuesto de Sociedades.*
 3. *Impuesto de Transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.*
 4. *Inversión financiera (adquisición de acciones o participaciones) por parte de los trabajadores.*
13. Fomento.
 1. *Información y difusión de la participación en la empresa.*

Todo ello, es evidente que no se puede abordar por la Administración (por el Gobierno) mediante su desarrollo reglamentario, que sin dudas exceden las competencias normativas y contravienen el principio de reserva de Ley. Solo se puede llevar a cabo mediante una modificación de la Ley, que salve sus inmensas lagunas o mediante una Ley de nueva planta, afectando además a otras del orden laboral, mercantil y fiscal, al menos.

Pero es que, además, un *desarrollo reglamentario* que se quedara en lo que la ley enuncia, sin que se invadan terrenos que no le corresponden, solo puede quedarse en el ámbito voluntarista, que se tendría de valer para su implementación de la promoción de acuerdos societarios internos, modificaciones estatutarias o de la negociación colectiva. Incluso así, para hacerlo factible, para entrar en el terreno de los hechos, sería preciso que se estableciera algún tipo de incentivación de índole fiscal o financiera para vencer las voluntades.

III. PROPUESTAS DE DESARROLLO LEGISLATIVO

A la vista de los inconvenientes señalados, lo más acertado sería la derogación del Capítulo III, mucho mejor, a nuestro juicio, que proceder a su reforma para incorporar en ella una regulación integral de la participación en la empresa, que diluiría en gran parte la identidad y visibilidad jurídica de las Sociedades Laborales, sobre todo en su condición de integrantes de la Economía Social. En esta línea, no obstante, cabría la opción de que, una vez derogado el contenido actual del Capítulo III, éste se dedicara a las sociedades que no alcancen los requisitos establecidos para ser calificadas como «sociedades laborales» (y aquellas que los cumple pero no están calificadas)⁷, constituyendo ambas un grupo, en cierta forma, homogéneo.

El primer paso consiste en distinguir la participación financiera de otras formas de participación o implicación de los trabajadores en las empresas. A partir de ahí, entre las primeras, diferenciar aquellas en las que su capital pertenece mayoritariamente a los trabajadores, de las que no llegan a esa mayoría, y, en ambos casos, determinar las que se sitúan en el ámbito de las sociedades laborales y de la economía social, grupo que puede regularse conjuntamente, estableciendo los criterios objetivos diferenciadores, ya con mayor coherencia, en la LSLP.

Establecida dicha diferenciación, quedan las sociedades con alguna o varias modalidades de participación o implicación de los trabajadores. Nos encontraríamos ahora ante sociedades que se abren a la participación, económica o en la adopción de decisiones, pero sin una voluntad mayoritaria. Desde luego, al menos en principio, ajenas a las dinámicas propias de la economía social.

En segundo paso consistiría en acometer la elaboración de una nueva Ley específica para las sociedades con participación de los trabajadores, en sus diversas formas. Lo que no excluye la necesidad de incluir las modificaciones pertinentes en la legislación de sociedades y laboral. Como ha señalado el Tribunal Superior de la Unión Europea (TSJUE Sentencia de 18/07/2017, asunto C-566/15), en relación a la Ley de Cogestión de la República Federal de Alemania, «el mecanismo de cogestión establecido por la Ley de Cogestión, que pretende hacer participar a los trabajadores, a través de sus representantes electos, en los órganos decisorios y estratégicos

⁷ Véase el apartado siguiente de este mismo capítulo: *Las sociedades laborales no calificadas como base del concepto de sociedad participada*. Paloma Bel - Gustavo Lejarriaga - Sonia Martín - Josefina Fernández.

de la sociedad, forma parte, por este motivo, tanto del Derecho de sociedades como del Derecho de las relaciones laborales colectivas». En todo caso, cualquier intervención que implique la regulación normativa de las distintas modalidades de participación en la empresa, debe pasar siempre por vía legislativa ordinaria, en todos sus trámites, y con la concertación de los interlocutores sociales.

1. Derogación del Capítulo III y reforma de la LSLP para dar acomodo a las de participación financiera minoritaria y a las no calificadas por cualquier otra causa, las nuevas «participadas»

El concepto de esta nueva «Sociedad Participada por los Trabajadores», encajaría en el inicio de actual art. 19 LSLP: «Tendrán la consideración de sociedades participadas por los trabajadores las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no alcancen los requisitos establecidos en el capítulo I», pero que los *promuevan*.

Con ello, estarían comprendidas en dicho concepto, como hemos comentado, las sociedades que se encontraran en alguna de las situaciones, corregibles, siguientes:

- a) Que la mayoría del capital social no sea propiedad de trabajadores fijos.
- b) Que alguno de los socios sea titular más 1/3 del capital social,
- c) Que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido no socios sea superior al 49% del cómputo global de horas-año trabajadas por el conjunto de los socios trabajadores.

Quedarían dentro aquellas que han perdido todos o alguno de los requisitos, pero que los pudieran recuperar, o aquellas que en origen no llegan, pero los pudieran alcanzar. En dicho grupo, no solo estarían sociedades con participación financiera minoritaria, sino que podría haber, y en la práctica se dan múltiples ejemplos, sociedades participadas mayoritariamente por sus socios trabajadores, incluso al 100%, que, por ejemplo, cuenten con socios con participación en el capital, o trabajadores fijos contratados por tiempo indefinidos, por encima de los porcentajes permitidos, por lo que han podido perder la calificación de laboral o, de origen, no los han podido alcanzar.

Estas sociedades estarían regidas en sus aspectos fundamentales por las reglas de las Sociedades Laborales calificadas, en cuanto a los requisitos

para la adquisición de la condición de socio trabajador, la diferenciación de acciones y participaciones y los derechos de adquisición preferente. Además, su articulado debería establecer facilidades para las modificaciones societarias. En la línea de las recomendaciones del CES, «ofreciendo cauces ante posibles dinámicas de transformación y evolución de las sociedades laborales».

2. Elaboración de una nueva Ley específica para la participación de los trabajadores en la empresa, en sus distintas formas (financiera, dirección y resultados)

Abordar en una ley, de manera global e integral, el desarrollo del art. 129.2 de la Constitución, en lo que se refiere al acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción y a las diversas formas de participación en la empresa, supone enfocar un horizonte amplio en cuanto a las modalidades empresariales, pública o privada, de titularidad individual o colectiva, y delimitar, simultáneamente el concepto, o perfil del trabajador actor de la participación. La vigente ley pone su foco exclusivamente en las sociedades anónimas y limitadas (¿Porqué no extenderlo a cualquier modalidad?) y en los trabajadores contratados por tiempo indefinido. Aunque, cierto es que una adecuada estructura participativa requiere una organización de dimensión adecuada y una relación laboral con cierta estabilidad o permanencia, que permita unos mínimos de implicación. Elementos que no abundan en la organización productiva española.

En cuanto al perfil del trabajador participante y los elementos que otorgan legitimidad para ello, encontramos dos niveles, uno de origen, ser trabajador por cuenta ajena contratado por tiempo indefinido, que habilita para participar, y otro secundario, que se adquiere con la titularidad del capital, en la participación financiera, o que requiere de su atribución legal o del reconocimiento pactado o conveniado, en el caso de la participación en la adopción de acuerdos o en los resultados.

En definitiva, distinguir, la participación mediante el acceso a la condición de socio (*accionariado obrero*), que, en esencia, no supone un límite al poder de dirección atribuido a la propiedad, puesto que se participa como propietario; de la participación como derecho (individual o colectivo) de los trabajadores, ya sea en la gestión (limitando, aquí sí, el poder de dirección), o en los resultados (compartido con la propiedad).

2.1. Modalidades societarias de participación

Uno de los aspectos cruciales pendientes de regulación del Capítulo III LSLP, imposible mediante un «desarrollo reglamentario», es definir y concretar las distintas modalidades de participación enunciadas, que requieren una definición particulariza y un mínimo de regulación específica, que se pueden agrupar en tres ámbitos:

1. Participación económica.
 - a) Financiera.
 - b) En los resultados.
2. Participación en la toma de decisiones.
3. Estrategias empresariales para la participación. (Si se mantiene esta opción prevista en la LSLP, que no implica participación).

A) Participación financiera

Esta modalidad no implica de por sí una limitación al poder de dirección, los derechos de participación, en la gestión y en los resultados, de naturaleza societaria mercantil, se adquieren con el acceso a la titularidad del capital, conforme al art. 91 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), que atribuye al titular legítimo de cada participación social y cada acción la condición de socio y los derechos reconocidos en esta ley y en los estatutos, derechos que el art. 93 establece, como mínimo, en los siguientes:

- a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.
- b) El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.
- c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.
- d) El de información.

Por otra parte, el art. 275, establece los criterios generales para la distribución de dividendos, distinguiendo entre la sociedad de responsabilidad limitada, en la que, *salvo disposición contraria de los estatutos*, la distribución a los socios se realizará en proporción a su participación en el capital social; y la sociedad anónima, en la que la distribución de dividendos a

las acciones ordinarias se realizará en proporción al capital que hubieran desembolsado.

Quedan, por tanto, claras las fuentes de la legitimidad y la delimitación de los derechos de participación en cuanto titulares del capital.

Faltaría por definir la legitimidad de origen. En este sentido, la Ley ha de establecer, como derecho, mecanismos para el acceso a la participación en el capital, de forma individual o colectiva, en forma de retribución, participación en los resultados y/o adquisición, de manera indiferenciada o estableciendo delimitaciones entre una clase general y una clase laboral, en línea con las previsiones contempladas para las sociedades laborales.

A grandes líneas, las cuestiones a regular deberían girar en torno a las siguientes cuestiones, marcando pautas, dejando un amplio margen para que luego los estatutos de cada sociedad, en su caso, o mediante acuerdos concertados internos, ajusten a sus realidades organizativas:

- a) Capital social. En su caso división en clase de acciones y participaciones (generales y laborales).
- b) Formas de acceso de los trabajadores a la titularidad del capital.
- c) Derechos de suscripción preferente.
- d) Derechos de adquisición preferente.
- e) Transmisión de acciones y participaciones.
- f) Participación en los órganos sociales.
- g) Participación colectiva mediante sociedades de participación financiera.
- h) Derechos económicos y políticos, en las *Sociedades participadas financieramente de manera colectiva*.

B) Participación en los resultados

Los beneficios empresariales están atribuidos, en su origen, al capital no al trabajo. Por tanto, es necesario convertir al trabajo, dotarle de legitimidad, como factor de producción, en acreedor de una parte de ellos.

La cuestión está en establecer qué parte de los resultados son atribuidos al trabajo y los criterios de distribución. Así como su forma, como complemento salarial o extra-salarial (art. 26 ET) (art. 218 LSC en relación con los administradores), vincularse a las acciones de la sociedad, mediante

la entrega de acciones o de opciones sobre acciones (art. 219 LSC). De cualquier forma es una cuestión que entraría de lleno en el ámbito de la negociación colectiva.

C) Participación en la toma de decisiones

La OIT comprende la expresión «participación de los trabajadores» como «participación de los trabajadores en la toma de decisiones en el ámbito de la empresa» (Arrigo-Casale, 2010, p. 12), con independencia de reconocer la existencia de diferentes niveles y de otras formas de participación económica. En este sentido, cuando la LSLP (art. 19) habla de la promoción de las distintas formas de participación de los trabajadores «en particular a través de la representación legal de los trabajadores», parece claro que tal vía de intermediación no cabe en la participación económica. Resulta obvio que la participación de los trabajadores a través de sus representación legales, solo cabe en la participación en la gestión, en su sentido más amplio. Sin embargo, no se puede afirmar que, en este ámbito, no quepa la participación directa y el derecho de voto.

En el ámbito laboral los órganos de representación de los trabajadores no tienen reconocido, como hemos visto, el derecho de participación en la toma de decisiones empresariales en general, ni en la gestión, mucho menos se contempla como derecho individual. Lo primero, pues, pasa por el reconocimiento del derecho, por legitimar la participación de los trabajadores en las decisiones empresariales. Eso se puede hacer con carácter general en el ET, o de forma específica para las «sociedades participadas», como un requisito para su reconocimiento. Desde luego puede pasar por la negociación colectiva.

En cuanto a su regulación, para las «sociedades participadas», dada la voluntariedad, pero aplicable, en su caso, a todo tipo de sociedades (u organizaciones productivas), no se puede ser corto de miras y dar cobijo a una amplia gama de niveles de implicación y participación. El reconocimiento puede hacerse como derecho individual, con derechos de voto (por ejemplo ponderado en los órganos sociales de participación general), y/o como derechos colectivos (mediante fórmulas de representación unitaria o sindical) y representación en el consejo de administración.

La participación puede abarcar todos los ámbitos de la empresa, incluida la estrategia o centrarse en aspectos concernientes a la gestión, la organización del trabajo, etc.

D) Estrategias empresariales para la participación. (Si se mantiene esta opción prevista en la LSLP)

Esta modalidad, meramente voluntarista, implicaría que en la sociedad, de hecho, no se dan en ese momento ninguna de las anteriores formas de participación, y por eso no pueden ser reconocidas como tales, aunque «están en ello». La ley se refiere a dos circunstancias:

- a) Que adopten una estrategia que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios.
- b) Que promuevan los principios del artículo 18 LSLP (Promoción del acceso de los trabajadores al capital social y/o a los resultados de la empresa; Fomento de la participación de los trabajadores en la toma de decisiones de la sociedad; y Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad).

El problema aquí es cómo se objetivizan tales propósitos o estrategias, al punto de que puedan ser reconocidas, como prevé la Ley, como sociedades participadas, cuando de hecho no lo son. En mi opinión es loable que se alienten tales propósitos pero no se puede equiparar el deseo con la realidad.

3. *Dar acomodo en el Derecho Mercantil a los derechos de participación de los trabajadores*

En la Recomendación del Consejo UE (27/7/1992) se plantea, como se ha visto, como vía para su efectividad, el *garantizar que las estructuras jurídicas permitan la introducción de las fórmulas de participación de los trabajadores*, entre otras:

- a) La información.
- b) Los derechos de voto.
- c) La representación en el órgano de dirección.
- d) La adquisición de acciones o participaciones.
- a) La participación en los beneficios.

Si de lo que se trata es de avanzar hacia un modelo de empresa, en la que sus trabajadores estén implicados, su diseño jurídico habría de hacerse desde dentro de la legislación mercantil, de tal manera que los derechos de los trabajadores no sean terreno exclusivo de la legislación laboral, de

manera que se abra a fórmulas de distribución de derechos y de compromisos y responsabilidades entre capital y trabajo.

El camino sería, por una parte, el reconocer la legitimidad de los trabajadores, en determinados supuestos, a la participación individual y colectiva, en la línea de lo que estable el art. 93 LSC, para los socios, estableciendo al respecto los criterios de proporcionalidad o ponderación que se estimen convenientes:

Derechos de participación de los trabajadores en el ámbito societario.

1. La condición de trabajador... le atribuye a éste los derechos individuales y colectivos reconocidos en esta ley y en los estatutos de la sociedad.
2. En los términos establecidos en esta ley, y salvo los casos en ella previstos, el trabajador tendrá, como mínimo, los siguientes derechos:
 - a) El de participar en los beneficios.
 - b) El de asunción preferente (en la cuantía o proporción que se establezca) en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.
 - c) El de asistir y votar (a través de sus representantes) en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.
 - d) El de información.

Además, otras formas de participación, pueden encontrar su encaje en el articulado de la LSC, abierto a múltiples opciones estatutarias:

- a) Representación de los trabajadores en el consejo de administración (art. 242)⁸.

⁸ 1. El consejo de administración estará formado por un mínimo de tres miembros. Los estatutos fijarán el número de miembros del consejo de administración o bien el máximo y el mínimo, correspondiendo en este caso a la junta de socios la determinación del número concreto de sus componentes.
2. En la sociedad de responsabilidad limitada, en caso de consejo de administración, el número máximo de los componentes del consejo no podrá ser superior a doce.

- b) Remuneración mediante participación en beneficios (previsto en el art. 218 los administradores)⁹.
- c) Remuneración vinculada a las acciones de la sociedad (previsto en el art. 219, también para los administradores)¹⁰.

4. Extender lo dispuesto respecto a la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas

En el ámbito legislativo laboral, un camino para ampliar los derechos de participación de los trabajadores en la empresa, mencionados en el ET y pendientes de un adecuado desarrollo, podría consistir en abrir una vía de extensión generalizada para la implementación en las sociedades españolas de los contenidos del concepto de «implicación de los trabajadores» que contempla al art. 2 (Definiciones) de la *Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas*, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva

⁹ 1. Cuando el sistema de retribución incluya una participación en los beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales.

2. En la sociedad de responsabilidad limitada, el porcentaje máximo de participación en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios.

3. En la sociedad anónima, la participación solo 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 cuatro por ciento del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.

¹⁰ 1. En la sociedad anónima, cuando el sistema de remuneración de los administradores incluya la entrega de acciones o de opciones sobre acciones, o retribuciones referenciadas al valor de las acciones deberá preverse expresamente en los estatutos sociales y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas.

2. El acuerdo de la junta general de accionistas deberá incluir el número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio a este sistema de remuneración, el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones que, en su caso, se tome como referencia y el plazo de duración del plan.

2001/86/CE¹¹, a pesar de su alcance limitado¹², a través de procesos de concertación social¹³.

A los efectos de esta Ley, se entiende por «Implicación de los trabajadores»: la información¹⁴, la consulta¹⁵, la participación y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en las empresas.

Entendiéndose por Participación: «la influencia del órgano de representación de los trabajadores o de los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante:

¹¹ Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

¹² La Directiva 2001/86/CE, sobre la base del acuerdo entre las partes, reconoce los derechos de información y consulta, así como el derecho de participación de los trabajadores en los órganos sociales de la sociedad anónima europea cuando existiera participación previa en las sociedades participantes en su constitución, tal y como sucede en países como Alemania, Austria y los países nórdicos.

¹³ Según se reconoce en el preámbulo de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, «la Directiva 2001/86/CE y esta Ley que la incorpora al ordenamiento jurídico español están en consonancia con la configuración constitucional de nuestro sistema de relaciones laborales, que eleva a las organizaciones empresariales y a los sindicatos a la categoría de bases institucionales del sistema (artículo 7 de la Constitución Española), y reconoce la fuerza vinculante de los convenios colectivos (artículo 37 de la Constitución Española)».

¹⁴ Información: la transmisión, por el órgano competente de la Sociedad Europea (SE) al órgano de representación de los trabajadores, o a los representantes de los trabajadores, de las informaciones relativas a aquellas cuestiones que afecten a la propia SE y a cualquiera de sus centros de trabajo y empresas filiales situados en otro Estado miembro, o que excedan de las competencias de los órganos de decisión en un único Estado miembro, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores evaluar en profundidad las posibles repercusiones y, en su caso, preparar la consulta con el órgano competente de la SE.

¹⁵ Consulta: la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre el órgano de representación de los trabajadores, o los representantes de los trabajadores, y el órgano competente de la SE, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores, a partir de la información facilitada, expresar una opinión sobre las medidas previstas por el órgano competente que pueda ser tenida en cuenta a la hora de adoptar las decisiones.

1º. El derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad¹⁶; o.

2º. El derecho a recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control».

Bibliografía

- ANDREU MARTÍ, M^a M. (2016). «Significado y particularidades de la sociedad laboral del siglo XXI». *XVI Congreso de Investigadores en Economía Social y Cooperativa. Economía Social: crecimiento económico y bienestar*. Valencia, <http://ciriec.es/wp-content/uploads/2016/10/COMUN059-PONENT9-ANDREU-MART%C3%8D-ok.pdf>.
- ARRIGO, G.; CASALE, G. (2010). *Una visión comparativa de los términos y conceptos de la participación de los trabajadores*. Geneva: Organización Internacional del Trabajo.
- CALVO VÉRGEZ, J. (2016). «En defensa de las sociedades laborales: la Ley 44/2015, de 14 de octubre», *Revista Aranzadi Doctrinal*. núm. 5/2016 parte Comentario.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. TRÁMITE PARLAMENTARIO LSLP (2015). http://www.congreso.es/porta1/page/porta1/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VE RLST&BASE=IW10&PIECE=IWA0&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28I%29.ACIN1.+%26+%28SOCIEDADES+LABORAL ES+Y+PARTICIPADAS%29.OBJE.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA (CES) (2015). *Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley de Sociedad Laborales y Participadas*, Sesión Extraordinario del Pleno de 13 de mayo de 2015. <http://www.ces.es/documents/10180/2394234/Dic062015.pdf>.
- DIBAR, J. (2015). «Noticia de las principales novedades de la nueva Ley de Sociedades Laborales y Participadas». *Deusto Estudios Cooperativos*. 2015. (7) p. 13-17.
- FERNÁNDEZ GUADAÑO, J. «La participación financiera de los trabajadores en las empresas. Diferencias económicas de las empresas clasificadas según la estructura de la propiedad del capital». *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n° 64, abril 2009, pp. 151-168. http://www.ciriec-revistaeconomia.es/banco/6407_Fdez_Guadano.pdf.
- GARCÍA RUIZ, E. (2017). «El régimen societario de las sociedades laborales en la nueva ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas», *REVERSCO. Revista de Estudios Cooperativo* N° 123 - Primer Cuatrimestre 2017. <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/revesco/DetalleArticulo.php?IdPublicacion=453#.WXY4LxXyjIU>.

¹⁶ Art. 20.5. Todo miembro del órgano de administración o, en su caso, del órgano de control de la SE que haya sido elegido, designado o recomendado por el órgano de representación o, según los casos, por los propios trabajadores será miembro de pleno derecho del órgano correspondiente, con los mismos derechos y obligaciones que los miembros que representen a los accionistas, incluido el derecho de voto.

- GÓMEZ LOZANO, M.^a M. (2016). «Sociedades Laborales y Participadas». *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, junio 2016, 307-308.
- LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G. R. (2002). «Participación financiera de los trabajadores y creación de valor: una propuesta operativa de comportamiento con relación a los objetivos empresariales». *CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa*, (40). <http://www.redalyc.org/html/174/17404004/>
- LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G.; BEL DURÁN, P. (2017). «Estudio del concepto de Sociedad Participada a partir de las sociedades laborales no calificadas», *REVESCO* (en prensa).
- MARTÍNEZ MORENO, C. (2009). «La transmisión de empresas en crisis constituidas en Sociedades Laborales. A propósito de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de julio de 2008 (AS 2008, 2952)». *Aranzadi Social* núm. 2/2009 paraf. 5/2009. BIB 2009\405.
- SCHMID-DRÜNER, M. (2017). *Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores*. Parlamento Europeo a su servicio. Fichas técnicas sobre la Unión Europea. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.10.6.html.
- SUBERBIOLA GARBIZU, I. (2017). «Beneficios fiscales de las sociedades laborales en la ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades Laborales y Participadas». *Lex Social*, ISSN: 2174-6419 Vol. 7, Núm., pp. 103-129.

Las sociedades laborales no calificadas como base del concepto de sociedad participada

PALOMA BEL DURÁN

*Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad Complutense de Madrid*

GUSTAVO LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS

*Profesor Titular de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad Complutense de Madrid*

SONIA MARTÍN LÓPEZ

*Profesora Contratado Doctor de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad Complutense de Madrid*

JOSEFINA FERNÁNDEZ GUADAÑO

*Profesora Contratado Doctor de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad Complutense de Madrid
Escuela de Estudios Cooperativos*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO DE SOCIEDAD PARTICIPADA. III. CONCEPTO DE SOCIEDAD LABORAL «DE HECHO» (CALIFICABLE). IV. CONCEPTO DE SOCIEDAD LABORAL «CALIFICADA». V. CONCEPTO DE SOCIEDAD LABORAL «NO CALIFICADA». VI. LAS SOCIEDADES LABORALES «DE HECHO» (CALIFICABLES) COMO BASE DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD PARTICIPADA. VII. REFLEXIONES SOBRE LOS MOTIVOS DEL COMPORTAMIENTO DE LA SOCIEDAD LABORAL EN EL PERIODO DE CRISIS ECONÓMICA Y LAS APORTACIONES DE LA NUEVA LEY. VIII. LAS SOCIEDADES LABORALES DE HECHO O «CALIFICABLES» COMO EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN. IX. LA NECESIDAD DE CUANTIFICACIÓN DE LA REALIDAD REPRESENTADA POR LAS SOCIEDADES PARTICIPADAS. X. PROPUESTA DE GRADUACIÓN DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD PARTICIPADA. XI. PROPUESTAS DE ACTUACIÓN. Bibliografía.

RESUMEN: La Ley 44/2015, de Sociedades Laborales y Participadas, pretende dar un impulso a esta fórmula jurídica genuinamente española, la sociedad laboral, que ha sido un referente a nivel internacional para concretar la participación de los trabajadores en la empresa. Durante todo el periodo de crisis económica (2008-2015) la constitución de sociedades laborales se ha retraído considerablemente con respecto a periodos precedentes y ha sido incapaz de compensar la mortandad de este tipo de empresas en estos años. Un porcentaje muy importante de las nuevas iniciativas

empresariales son sociedades participadas (en los términos establecidos por la Ley referida) que cumplen con los requisitos para ser sociedad laboral (son por tanto calificables) que, sin embargo, no solicitan su calificación.

En este trabajo se analizan los motivos por los que sociedades de responsabilidad limitada que podrían optar a la calificación laboral deciden no hacerlo. Estas sociedades no calificadas son sociedades participadas y, realmente constituyen una referencia fundamental para la delimitación del conjunto de realidades que integran.

I. INTRODUCCIÓN

En todo el periodo de análisis las sociedades de responsabilidad limitada no laborales han mantenido su ritmo de creación al servir de vehículo de creación de empresas a proyectos empresariales de muy reducido tamaño, en su mayoría con solo dos socios (también trabajadores en la mayor parte de los casos), pero no ha ocurrido lo mismo con las sociedades laborales. En el año 2008, se registraron en España 1.514 sociedades laborales, en el año 2015, 515 empresas; esto es, un 65,98 por ciento menos. Se ha perdido gran parte del interés existente en adquirir la condición laboral.

La Ley 44/2015, de 14 de octubre, regula por primera vez la figura de la sociedad participada junto con la sociedad laboral como fórmulas de participación de los trabajadores en la empresa. Aunque la intención del legislador, patente en la exposición de motivos de la ley, deja claro que las sociedades laborales con reconocimiento jurídico tienen la consideración de sociedades participadas, la redacción del artículo 19 no las incluye, lo que pone de manifiesto la necesidad de una clara delimitación conceptual de la sociedad participada.

En este trabajo se propone una clasificación de las sociedades participadas en las que la base se encuentra en las que denominaremos sociedades laborales no calificadas.

II. CONCEPTO DE SOCIEDAD PARTICIPADA

El artículo 1 de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, en su apartado 2, establece los requisitos que sociedades anónimas o de responsabilidad limitada han de cumplir para poder obtener la calificación de «sociedad laboral». En concreto:

- a) Que al menos la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido.
- b) Que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social, salvo que la sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite establecido en este apartado o se trate de socios que sean entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, entidades no lucrativas o de la economía social, en cuyo caso la participación podrá superar dicho límite, sin alcanzar el cincuenta por ciento del capital social.
- c) Que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios no sea superior al cuarenta y nueve por ciento del cómputo global de horas-año trabajadas en la sociedad laboral por el conjunto de los socios trabajadores.

De acuerdo con el artículo 19 de la misma Ley, en su apartado 1, tendrán la consideración de sociedades participadas por los trabajadores las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no alcancen los requisitos establecidos en el párrafo anterior pero promuevan el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos, en particular a través de la representación legal de los trabajadores, y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que cuenten con trabajadores que posean participación en el capital y/o en los resultados de la sociedad.
- b) Que cuenten con trabajadores que posean participación en los derechos de voto y/o en la toma de decisiones de la sociedad.
- c) Que adopten una estrategia que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios.
- d) Que promuevan los principios recogidos en el artículo 18.

Esta amplia definición pretende otorgar la consideración de sociedad participada por los trabajadores a toda entidad en la que los trabajadores participan financieramente en la toma de decisiones o de algún otro

modo, y aunque la redacción de este artículo 19 pone en cuestión la inclusión de la sociedad laboral como participada, entendemos que no era esta la intención del legislador y hacemos nuestra la exposición de motivos de la ley, al referirse al capítulo III que regula las sociedades participadas por los trabajadores, que deja claro que tendrán esta consideración no solo las propias sociedades laborales calificadas como tales, sino «cualquiera otras sociedades en las que los socios trabajadores posean capital y derechos de voto».

III. CONCEPTO DE SOCIEDAD LABORAL «DE HECHO» (CALIFICABLE)

Se considera sociedad laboral «de hecho», calificable (Bel, Fernández, Lejarriaga y Martín, 2015) aquella sociedad anónima o de responsabilidad limitada que cumple los requisitos establecidos en el artículo 1.2 de la Ley referido más arriba.

Este concepto se integraría, por tanto, de todas aquellas sociedades que reúnen requisitos básicos para optar a la consideración jurídica de sociedad laboral, con independencia de que solicite o no su calificación.

IV. CONCEPTO DE SOCIEDAD LABORAL «CALIFICADA»

El artículo 1 de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, en su apartado 1 dice que «las sociedades laborales son aquellas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que se someten a los preceptos establecidos en la presente ley».

Por su parte, el artículo 2, en su apartado 2 dice: «la calificación de “Sociedad Laboral” se otorgará previa solicitud de la sociedad, a la que acompañará la documentación que se determine reglamentariamente».

De lo anterior se deriva que el reconocimiento jurídico de sociedad laboral pase necesariamente por la solicitud expresa de la sociedad para tener tal condición. A efectos de este estudio, todas las sociedades laborales con reconocimiento jurídico tienen la consideración de sociedades laborales «calificadas».

Las sociedades laborales «calificadas» son un subconjunto de las sociedades laborales «de hecho» (Gráfico 1).

Gráfico 1. Sociedades laborales «calificadas» como sociedades laborales «de hecho» («calificables»)



Fuente: Elaboración propia.

V. CONCEPTO DE SOCIEDAD LABORAL «NO CALIFICADA»

Puede darse el caso de sociedades que cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 1 no tengan la consideración jurídica de sociedad laboral por el hecho de no haberlo solicitado (las motivaciones pueden ser muy diferentes). A efectos de este trabajo tendrán la consideración de sociedades laborales «no calificadas», entidades que no tienen reconocimiento jurídico laboral y no están en ningún caso a lo dispuesto por la ley específicamente para este colectivo.

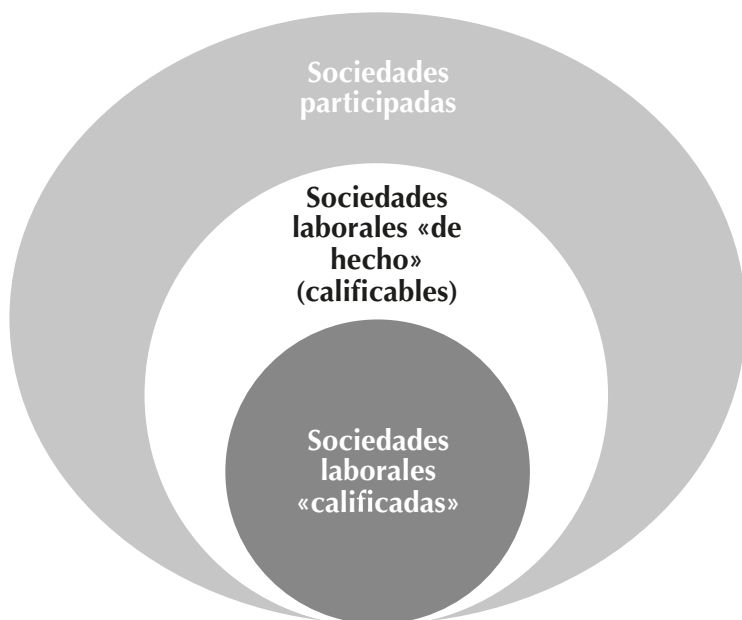
VI. LAS SOCIEDADES LABORALES «DE HECHO» (CALIFICABLES) COMO BASE DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD PARTICIPADA

La inclusión del concepto de sociedad participada en la ley permite reconocer la realidad de las sociedades laborales «no calificadas» dado que, como se ha dicho en un epígrafe precedente, entendemos que la intención del legislador, al contemplar esta nueva figura, ha sido regular toda forma de participación de los trabajadores en la empresa.

En consecuencia, a efectos de este trabajo, las sociedades laborales «no calificadas» tendrían la consideración de sociedades participadas.

De este modo, la participación de los trabajadores en las sociedades de capital en España quedaría claramente delimitada por el conjunto de las sociedades laborales «de hecho» o calificables (adición de las «calificadas» y «no calificadas») y otras sociedades participadas.

Gráfico 2. Sociedades laborales como sociedades participadas



Fuente: Elaboración propia.

En el gráfico 2 queda patente:

- Que las sociedades laborales «calificadas» son un subconjunto de las sociedades laborales «de hecho» (calificables).
- Que las sociedades laborales «de hecho» son un subconjunto de las sociedades participadas.
- Que las sociedades laborales «no calificadas» (área sombreada en blanco) son también un subconjunto de las sociedades participadas.

Es incuestionable que la realidad representada por las sociedades laborales «no calificadas» es muy importante y conviene investigarla para su

cuantificación; de este modo, es posible dar un primer paso hacia el conocimiento de lo que representan las sociedades participadas en nuestro país.

Si atendemos a la diferenciación realizada en un apartado precedente en el que se distingue entre sociedades participadas de hecho y con reconocimiento jurídico con base en, entre las primeras, aquellas que se incluirían según la intención del legislador en la exposición de motivos de la ley y entre las segundas (las de derecho), las que quedarían recogidas en el artículo 19, podríamos identificar el primer concepto con lo que representa la participación de los trabajadores en las sociedades de capital. La relación con los otros conceptos ya referidos es la que aparece representada en el Gráfico 3.

Gráfico 3. La participación de los trabajadores en las sociedades de capital: sociedades participadas de hecho



Fuente: Elaboración propia.

El concepto anterior, las sociedades participadas de hecho, recoge el conjunto de las formas de participación de los trabajadores en las sociedades de capital en España. Sin embargo, conviene precisar bien los términos ya que la participación de los trabajadores en la empresa puede tener otras manifestaciones:

1. Bajo forma societaria:
 - a. Sociedades cooperativas.

- b. Comunidades de bienes, asociaciones empresariales y otras entidades no mercantiles.
- 2. Como empresas individuales:
 - a. Trabajadores autónomos propiamente dichos.
 - b. Emprendedores de responsabilidad limitada.
 - c. Sociedades de capitales unipersonales.

VII. REFLEXIONES SOBRE LOS MOTIVOS DEL COMPORTAMIENTO DE LA SOCIEDAD LABORAL EN EL PERIODO DE CRISIS ECONÓMICA Y LAS APORTACIONES DE LA NUEVA LEY

En todo el periodo de análisis, las sociedades de responsabilidad limitada no laborales han mantenido un ritmo de creación razonable al servir de vehículo de creación de empresas a proyectos empresariales de muy reducido tamaño, en muchos casos con solo dos socios (también trabajadores en la mayor parte de los casos). En este contexto, era previsible que la dimensión media de las sociedades de responsabilidad limitada laborales se hubiera reducido; sin embargo, ha ocurrido todo lo contrario. Esto se justifica, en gran medida, por la limitación establecida en el artículo 5.3 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, que establece que ningún socio puede tener más de un tercio del capital social, hecho que obligaba a que las sociedades laborales comenzaran su actividad con al menos tres socios.

La actualización de este requisito en la nueva redacción legal que permite que «la sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite establecido en este apartado» (artículo 1.2.b) contribuirá, sin duda, a que muchas nuevas empresas consideren la posibilidad de ser laborales (Lejarriaga, 2016), (conviene ser prudentes en este sentido porque, hoy por hoy, sin una actualización del marco fiscal (Alguacil, 2015; Suberbiola, 2013), faltan motivaciones suficientes para solicitar la calificación laboral en la mayor parte de los casos) (Chaves y Savall, 2013).

Pero el alarmante descenso en el número de sociedades laborales activas no se justifica solo por su menor ritmo de creación, sino también, en mayor medida, por un llamativo número de bajas societarias. A priori, no hay motivo para pensar que las sociedades de responsabilidad limitada laborales tuvieran que tener mayores problemas para afrontar la situación de crisis económica que las entidades que conforman su base societaria de referencia, las sociedades de responsabilidad limitada. Si acaso tendría que ser, al contrario. El hecho de que no haya sido así sugiere que un importante porcentaje de las bajas societarias en el caso de las sociedades laborales (fundamentalmente sociedades de responsabilidad limitada) son empresas que han perdido su calificación laboral (por diversas causas) pero han continuado su actividad.

Probablemente, el motivo fundamental de lo anterior tiene que ver con lo establecido en el artículo 1.2. de la Ley 4/1997 que regulaba el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no eran socios (Andreu, 2010). La nueva Ley de sociedades laborales y participadas, en su artículo 1.2.c) da un paso importante para evitar nuevas pérdidas de calificación al establecer «que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios no sea superior al cuarenta y nueve por ciento del cómputo global de horas-año trabajadas en la sociedad laboral por el conjunto de los socios trabajadores».

Con la actual redacción, muchas de las sociedades laborales que han perdido su calificación en este periodo de crisis económica podrían haber mantenido su condición laboral. Pasaron de ser sociedades laborales con reconocimiento jurídico a sociedades laborales «de hecho-no de derecho». Actualmente podrían volver a solicitar su calificación laboral, pero probablemente muchas no lo harán al no encontrar suficientes estímulos para ello. Continuarán siendo, eso sí, sociedades laborales «de hecho», como otras muchas sociedades anónimas y, sobre todo, sociedades de responsabilidad limitada que, cumpliendo con los requisitos legales actuales no solicitan ser laborales bien por desconocimiento de esta posibilidad o bien porque no encuentran suficiente motivación para hacerlo.

La Tabla 1 intenta resumir los motivos por los que muchas sociedades laborales «calificables» no solicitan la calificación (integrando el previsiblemente numeroso colectivo de sociedades laborales «no calificadas») y las posibles causas que provocan este hecho.

Tabla 1. Motivos que justifican la existencia de sociedades laborales «no calificadas»

<i>Motivo por el que no se tiene el reconocimiento jurídico.</i>	<i>Causa que lo provoca.</i>
<i>Pérdida de condición laboral.</i>	Incumplimiento de requisitos establecidos por la Ley 4/1997
<i>No solicitud de calificación.</i>	Desconocimiento de la figura de sociedad laboral. Falta de atractivos para solicitar la calificación.

Fuente: Elaboración propia.

Con relación a las causas que provocan el hecho de que sociedades laborales que pueden obtener la calificación no lo hagan cabe decir lo siguiente:

- Como ya se ha mencionado, es previsible que las modificaciones incorporadas en la nueva Ley de Sociedades Laborales y Participadas, fundamentalmente con relación a los límites de horas trabajadas por los diferentes colectivos de trabajadores fijos en la sociedad laboral, solucione, en parte, el problema de la pérdida de la condición laboral de muchas empresas.
- El problema del insuficiente conocimiento de la figura de la sociedad laboral pasa por realizar campañas informativas y formativas, prestando fundamentalmente atención a un colectivo que se considera esencial en el hecho de la decisión última de la forma jurídica elegida para realizar una actividad empresarial: los asesores o prescriptores empresariales.
- Quizás el asunto más complejo, más delicado, es a su vez el más importante: la falta de incentivos suficientes para solicitar la calificación laboral. En este sentido, la posibilidad de articular una fiscalidad diferenciada se considera capital para que el colectivo de sociedades laborales calificadas y calificables se aproxime cuantitativamente.

VIII. LAS SOCIEDADES LABORALES DE HECHO O «CALIFICABLES» COMO EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN

Sociedades laborales «calificadas» y «no calificadas» (esto es, «calificables») se contienen en el concepto de empresa de participación (que es

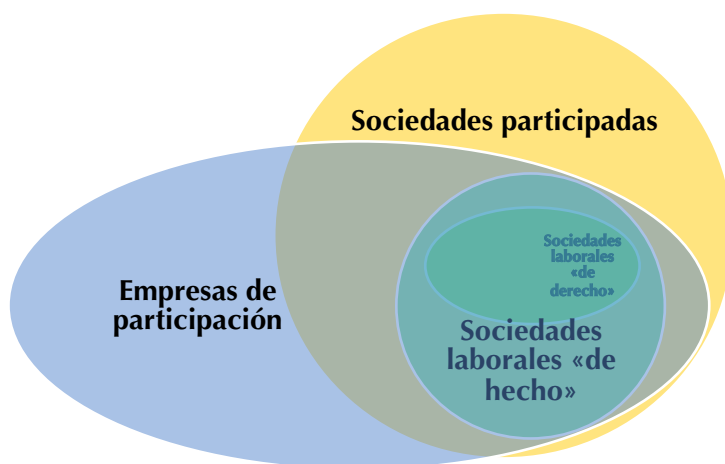
distinto a empresas con participación de los trabajadores) definido por el profesor Carlos García-Gutiérrez Fernández (García-Gutiérrez, 2002).

Las empresas de participación son entidades en la que los socios participan activamente en todos y cada uno de los procesos que acontecen en la empresa: participan en los flujos reales como proveedores y/o como consumidores; participan en los flujos financieros aportando recursos a la estructura financiera y participan en los flujos informativo-decisionales tomando decisiones de forma democrática (Lejarriaga y Vargas, 2002).

Es un concepto basado en quien ostenta el protagonismo empresarial con independencia de la forma jurídica elegida.

Como se ha dicho, las sociedades laborales «de hecho» (y por tanto las calificadas) son empresas de participación, pero también lo son algunas otras sociedades participadas (Gráfico 4).

Gráfico 4. Sociedades participadas y empresas de participación.



Fuente: Elaboración propia.

IX. LA NECESIDAD DE CUANTIFICACIÓN DE LA REALIDAD REPRESENTADA POR LAS SOCIEDADES PARTICIPADAS

Todo lo anterior evidencia que para llegar a tener una primera aproximación cuantitativa del colectivo que conforma las sociedades participadas en España es preciso:

- Conocer las sociedades laborales calificadas activas cuya información disponible en la base de datos de la Seguridad Social de la Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- Conocer las sociedades laborales no calificadas, para lo que sería preciso hacer un estudio a nivel estatal que permitiera identificar cuántas sociedades anónimas y de responsabilidad limitada no son sociedades laborales pudiendo serlo.
- Identificar el colectivo de otras sociedades participadas al margen de las sociedades laborales calificables, para lo que sería preciso, al igual que se mencionó en el apartado anterior, hacer un estudio a nivel del Estado tendente a conocer la cifra que representan.

X. PROPUESTA DE GRADUACIÓN DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD PARTICIPADA

La realidad que abarca la participación de los trabajadores en las sociedades de capital (que es lo que hay detrás del concepto de sociedad participada) es tan amplia que cualquier aproximación a su estudio requiere de la definición de unos criterios de clasificación que permitan caracterizar de forma singular las múltiples formas en que puede concretarse.

Así las cosas, se proponen a continuación cinco criterios de clasificación que deberían tenerse en cuenta, al menos, para cualquier aproximación al estudio de la sociedad participada:

- El colectivo de trabajadores que participa en la empresa, diferenciando si se trata del conjunto de trabajadores o solo de los que realizan funciones directivas.
- El tamaño de la empresa, distinguiendo entre grandes empresas, pequeñas y medianas y microempresas.
- La modalidad de participación, financiera o de otro tipo.
- Y tratándose de una participación financiera, si es en el capital o en los resultados.
- Y siendo una participación financiera en forma de capital, si es mayoritaria o minoritaria.

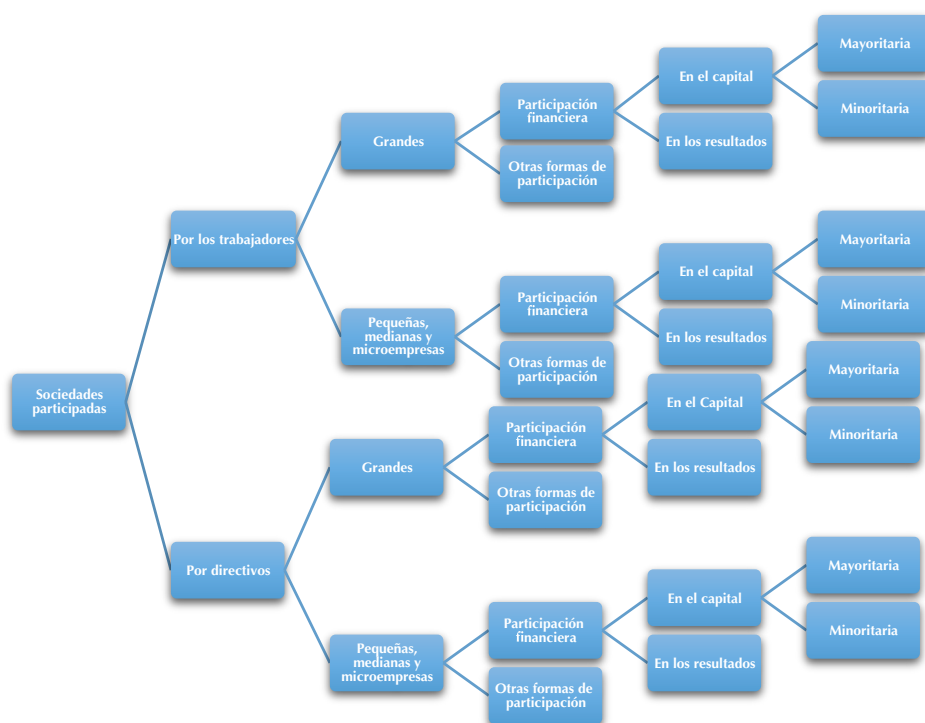
Sobre la base de lo anterior, un posible esquema de análisis de la realidad representada por las sociedades participadas puede ser el siguiente:

- √ Sociedades participadas por el conjunto de trabajadores de la empresa.
 - Grandes empresas.
 - Participación financiera.
 - En el capital.
 - . Mayoritaria.
 - . Minoritaria.
 - En los resultados.
 - Otras formas de participación.
 - Pequeñas y medianas empresas y microempresas.
 - Participación financiera.
 - En el capital.
 - . Mayoritaria.
 - . Minoritaria.
 - En los resultados.
 - Otras formas de participación.
- √ Sociedades participadas por directivos.
 - Grandes empresas.
 - Participación financiera.
 - En el capital.
 - . Mayoritaria.
 - . Minoritaria.
 - En los resultados.
 - Otras formas de participación.
 - Pequeñas y medianas empresas y microempresas.
 - Participación financiera.
 - En el capital.

- . Mayoritaria.
- . Minoritaria.
- En los resultados.
- Otras formas de participación.

Que queda recogido más visualmente en el Gráfico 5

Gráfico 5. Esquema de análisis de la realidad representada de las sociedades participadas



Fuente: Elaboración propia.

Sobre la base de este esquema, las sociedades laborales calificadas y no calificadas, esto es, las calificables, se identificarían con:

Sociedades participadas por el conjunto de trabajadores de la empresa, de gran tamaño (es poco habitual y suele ser con forma de sociedad anónima) o pequeño, con participación financiera en el capital, de forma mayoritaria.

Gráficamente, se trataría del siguiente colectivo de empresas.

Gráfico 6. Sociedades laborales calificables, calificadas y no calificadas, como sociedades participadas



Fuente: Elaboración propia.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que puede haber empresas (grandes o pequeñas) en las que el conjunto de sus trabajadores participa financieramente en el capital y que no son sociedades laborales calificables por incumplir el requisito de los límites de participación en el capital de los socios o el requisito del número de horas trabajadas anualmente por los trabajadores fijos no socios con relación a las horas trabajadas por los socios trabajadores.

Como se sabe, el artículo 129.2 de la Constitución Española establece que «los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción».

Sobre la base de este mandato constitucional se ha promovido desde la Administración, la denominada economía social y, en particular, las sociedades laborales como sociedades de capital participadas. Con la reforma legal se pretende, de una parte, reforzar el carácter empresarial de este tipo societario y, de otra, fortalecer la naturaleza, función y caracterización de la sociedad laboral como entidad de la economía social (García Ruiz, 2017). La nueva Ley de Sociedades Laborales y Participadas supone un nuevo paso en su fomento, pero este quedaría incompleto si no se acompaña de medidas fiscales que incentiven su creación. Estas medidas no pueden ser iguales para cualquier forma de sociedad participada. Nada que ver tiene una microempresa que sea una sociedad participada financieramente de forma mayoritaria en el capital por el conjunto de sus trabajadores de aquella que siendo de gran dimensión y bajo la forma jurídica de sociedad anónima es participada financieramente por los directivos en los resultados o en el capital de forma minoritaria.

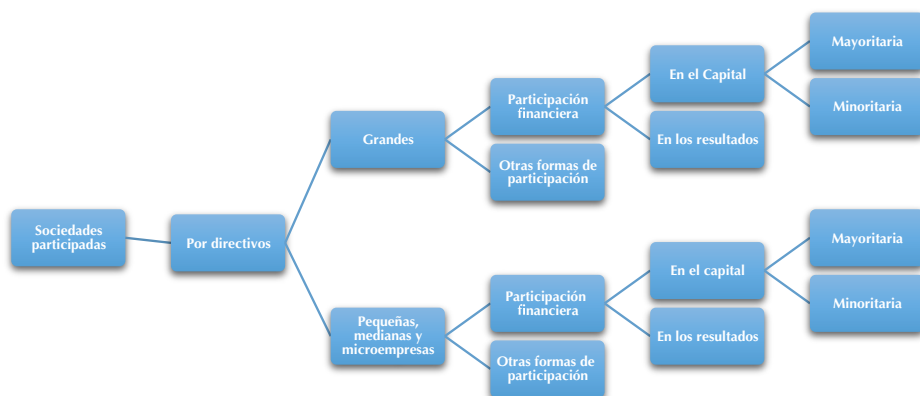
Así las cosas, se hace a continuación una propuesta de graduación de las sociedades participadas tendiente a diferenciar la mayor implicación posible del conjunto de los trabajadores en la propiedad de la empresa con relación a otras formas de participación.

Se podría distinguir entre:

- Sociedades laborales calificadas con 100 por cien del capital en poder de socios trabajadores indefinidos.
- Sociedades laborales calificadas con menos del 100 por cien del capital en poder de socios trabajadores indefinidos.
- Sociedades laborales no calificadas con 100 por cien del capital en poder de socios trabajadores indefinidos.
- Sociedades laborales no calificadas con menos del 100 por cien del capital en poder de socios trabajadores indefinidos.
- Otras sociedades participadas.

Dentro de las otras sociedades participadas se podría encontrar cualquiera de las posibilidades contempladas en el esquema ya conocido, tanto participadas por el conjunto de trabajadores de la empresa como por directivos.

Gráfico 7. Conjunto de las sociedades integradas en «Otras sociedades participadas»



Fuente: Elaboración propia.

XI. PROPUESTAS DE ACTUACIÓN

Es previsible, como ya se apuntó en un epígrafe anterior, que las modificaciones incorporadas en la nueva Ley de Sociedades Laborales y Participadas, fundamentalmente con relación a los límites de horas trabajadas por los diferentes colectivos de trabajadores fijos en la sociedad laboral, solucione, en parte, el problema de la pérdida de la condición laboral de muchas empresas.

El problema del insuficiente conocimiento de la figura de la sociedad laboral y de la Ley que la regula, pasa por realizar campañas informativas y formativas, prestando fundamentalmente atención a un colectivo cuya influencia es determinante a la hora de decidir qué forma jurídica elegir para el desarrollo de una actividad empresarial: los asesores o prescriptores empresariales.

Pero no hay que perder de vista el hecho de que el futuro de las sociedades laborales pasa porque los jóvenes, quienes van a crear empresas en los próximos años, conozcan lo que son las sociedades laborales y valoren los aspectos positivos de las mismas (que se den cuenta, por ejemplo, de que se trata de una forma natural de emprender societariamente y que, casi con seguridad, sus potenciales proyectos con forma de sociedad de responsabilidad limitada cumplirían con los requisitos para ser sociedad laboral).

Hay que potenciar la formación y educación de los jóvenes en las diferentes etapas del sistema educativo en materia de organizaciones de participación, en general, y de sociedades laborales en particular (Bel, Fernández, Lejarriaga y Martín, 2016).

Quizás el asunto más complejo, más delicado, es a su vez el más importante: la falta de incentivos suficientes para solicitar la calificación laboral. En efecto, el periodo de máximo auge en la calificación de sociedades laborales coincidió con un momento en el que la medida del pago único de la prestación por desempleo (comúnmente denominada capitalización por desempleo) solo podía disfrutarse para la inversión al cien por cien en el capital social de una sociedad laboral o una sociedad cooperativa. La actual regulación, con relación a este asunto, perjudica a la sociedad laboral al no ofrecer ninguna ventaja relativa con relación a su forma jurídica de base. Sin duda, cualquier modificación en el régimen del pago único de la prestación por desempleo que diferenciara positivamente a las sociedades de la economía social sobre la base del mandato constitucional recogido en el artículo 129.2 sería determinante para que los prescriptores contem-

plen en el proceso de asesoramiento a nuevos emprendedores la opción de la sociedad laboral.

Por otra parte, la posibilidad de articular una fiscalidad diferenciada se considera capital para que el colectivo de sociedades laborales calificadas y calificables se aproxime cuantitativamente.

Bibliografía

- ALGUACIL MARÍ, M. P. (2015). «La fiscalidad de los ingresos de las cooperativas de trabajadores y sus miembros, y la fiscalidad de las sociedades laborales». *IX Congreso Internacional RULESCOOP. Respuesta de la Universidad a las necesidades de la economía social ante los desafíos del mercado*. Celebrado en La Plata, septiembre. Disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50531/Documento_completo.pdf?sequence=1.
- ANDREU MARTÍ, M. M. (2010). «Luces y sombras de la reforma de la Ley de Sociedades Laborales». *CIRIEC-España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 21, 119-144.
- BEL DURÁN, P.; FERNÁNDEZ GUADAÑO, J.; LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G. & MARTÍN LÓPEZ, S. (2016). «La iniciativa emprendedora como base para la creación de empresas de participación. Un instrumento para la innovación social». *Cooperativismo & Desarrollo*, 24 (108).
- (2015). «Sociedades laborales de hecho y de derecho en el contexto de la nueva Ley de sociedades laborales y participadas». *XXXV Seminario Nacional y XX Seminario Internacional de investigación en materia de organizaciones de participación organizado por la Escuela de Estudios Cooperativos de la UCM*, 25 de septiembre en Vigo.
- BEL DURÁN, P.; LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS (2018). «Sociedades de responsabilidad limitada calificables y sociedades participadas: una aproximación a su cuantificación». *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, Primer Cuatrimestre, N° 127, pp. 9-25. DOI: 10.5209/REVE.59773.
- CHAVES ÁVILA, R. & SAVALL MORERA, T. (2013). «La insuficiencia de las actuales políticas de Fomento de cooperativas y sociedades laborales frente a la crisis en España». *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, 113, 61-91.
- GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C. (2002). «La empresa de participación: características que la definen. Virtualidad y perspectivas en la sociedad de la información», *CIRIEC-España: Revista de economía pública, social y cooperativa*, 40, 99-122.
- GARCÍA RUIZ, E. (2017). «El régimen societario de las sociedades laborales en la nueva ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas». *Revesco. Revista de Estudios Cooperativos*, 123, 64-93.
- LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G. (2016). «La realidad económica de las sociedades laborales en España ante la reforma de la Ley». Ponencia *III Jornadas de investigación y docencia en materia de empresas de participación (EEC y AECOOP)*, 26 febrero.
- LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G. & VARGAS SÁNCHEZ, A. (Coordinadores) *Las empresas de participación en Europa: el reto del siglo XXI (En homenaje al Prof. Dr. D. Carlos García-Gutiérrez Fernández)*. Madrid: Escuela de Estudios Cooperativos. 2002.

SUBERBIOLA GARBIZU, I. (2013). «Régimen tributario de las sociedades laborales. Propuestas de reforma». *GEZKI. Revista Vasca de Economía Social*, 10, 7-52.

CAPÍTULO IV

SALTUV: la primera Sociedad Anónima Laboral

ANTONIO COLOMER VIADEL

Catedrático de Derecho Constitucional (J)

Universitat Politècnica de València

Director del Instituto Intercultural para la Autogestión y la Acción Comunal (INAUCO)

SUMARIO: I. ANTECEDENTES Y ORIGEN. II. ESTRUCTURA JURÍDICA Y PECULIAR ORGANIZACIÓN DE SALTUV Y FULTUV. 1. Circunstancias que hacen aconsejables que determinadas Asociaciones de Trabajo revistan la forma externa de Sociedad Anónima. 2. Armonización de los principios fundamentales del cooperativismo con la estructura jurídica de la Sociedad Anónima, surgiendo de este modo la figura de la SAL. 3. Problemas que suscita la falta de regulación legal de la Sociedad Anónima Laboral. 4. Conclusiones. 5. La Fundación, sus obras sociales, en especial la formación y educación. La Escuela de Formación Empresarial y Comunitaria (EFEC). III. AÑOS DE EXPANSIÓN Y ÉXITO ECONÓMICO Y SOCIAL (1964-1973). 1. Proyección nacional e internacional. IV. CRISIS ECONÓMICA Y PUGNA CON EL AYUNTAMIENTO DE VALENCIA. V. EL AÑO DE LA RUPTURA INTERNA Y LA DECADENCIA (1977). 1. Proyecto de Reforma de la Empresa (1977). VI. DECLIVE FINAL Y MUNICIPALIZACIÓN. VII. CONCLUSIONES, CON EL HORIZONTE DE FUTURO.

I. ANTECEDENTES Y ORIGEN

A mediados de 1964, los obreros de la empresa de los Transportes Urbanos de Valencia, hasta entonces tranviarios, se hacen cargo de la concesión y gestión de estos transportes urbanos por medio de una empresa piloto experimental que toma el nombre de Sociedad Anónima Laboral y en su título completo, Sociedad Anónima Laboral de los Transportes Urbanos de Valencia (SALTUV).

Esta experiencia, un tanto insólita para la época, tuvo no pocos obstáculos y resistencias y tiene también antecedentes más lejanos que claramente inspiran esta fórmula jurídica mercantil innovadora, a la que se le ha calificado de cuerpo de Sociedad Anónima y corazón cooperativo.

Un testimonio notable de los antecedentes más próximos y el proceso de creación de SALTUV, es el que escribió el economista Juan Velarde, al que se le solicitó apoyo como experto en el proceso para que la conce-

sión municipal de los transportes urbanos —gestionada hasta entonces por una empresa capitalista tradicional—, fuera concedida al conjunto de los trabajadores como titulares de la gestión y socios accionistas de la nueva empresa autogestionaria.

Juan Velarde cuenta como a partir de 1960 la influencia, primero, del sociólogo Manuel Lizcano, sobre el comunitarismo ibérico e hispanoamericano, y la más antigua influencia académica de Juan Antonio Maravall, autor de la obra clásica sobre las Comunidades de Castilla, le llevó a aceptar la petición de Lizcano de que recibiera a un grupo de tranviarios valencianos, encabezados por Macario Bolado, que le expusieron que los obreros querían quedarse con la empresa¹.

Conviene señalar que el núcleo dirigente que encabezaba este proyecto pertenecía a las Hermandades Obreras de Acción Católica (HOAC), lo cual es importante, como veremos más adelante.

Los obreros le pidieron a Velarde que cobrara caro por su asesoría, si la aceptaba, ya que tenían la experiencia amarga de haber contratado un abogado que les engañó después de aceptar el trabajo, porque fue comprado por el Sr. Don Ignacio Villalonga, alto dirigente de la, hasta entonces, Compañía de Tranvías y Ferrocarriles de Valencia (CTFV), concesionaria de estos transportes urbanos. Hay que decir, según el detallado informe de Velarde, que esta antigua compañía existía desde 1866 y tenía en el Consejo de administración a representantes de la alta burguesía valenciana y estaba vinculada al Grupo Banco Central. En realidad, las ventajas se obtenían por las compras y suministros de otras empresas del Grupo y la presión obrera sobre la subida de salarios se frenaba al decir que dependían de la subida de tarifas, dependiente del Ayuntamiento.

La historia de este proceso no deja de ser tragicómica, con ayudas y enfrentamientos, apoyos y resistencias ante las cuales, la tenacidad de este grupo obrero tenía que redoblar.

Entre las ayudas conviene destacar la del entonces vicepresidente del Gobierno, general Agustín Muñoz Grandes, las del Ministerio de Trabajo en su nueva constitución, tras una remodelación ministerial y la del alcalde de Valencia, Adolfo Rincón de Arellano, que presionó al Ministerio de Gobernación para que facilitara esa transición y convenció a la Corporación

¹ Juan Velarde, «Datos anecdóticos de un economista sobre la creación de SALTUV», en el libro de AA.VV., «SALTUV, la empresa comunal». Valencia 1970. Pp. 101-108.

municipal para que se denunciara la concesión tres años antes del plazo legal y era partidario de que los trabajadores del transporte se convirtieran en los gestores de la nueva concesión, entre las distintas alternativas, incluida ésta, que le propusieron los trabajadores del transporte urbano.

Un conflicto que estuvo a punto de hundir el proyecto que se veía como ya de triunfo fácil, cuenta Velarde, se produjo cuando la célula del Partido Comunista, clandestino por entonces, comprendió que una socialización así era un triunfo para el Ministerio de Trabajo y para los promotores, de la HOAC, y también algunos antiguos anarcosindicalistas. Esta célula exigió una inmediata subida fuerte de salarios o que se declarase una huelga, lo cual tácticamente beneficiaba al Banco Central ya que ante la imposibilidad de esta concesión, todo el proyecto se vendría abajo.

En un debate abierto, se descubrió la jugada y la gran mayoría obrera apoyó a Macario Bolado y el proyecto de autogestión obrera.

Se entró ya en la fase de elaborar los estatutos tanto de SALTUV como de la Fundación FULTUV que iba a tener el control de la sociedad anónima laboral, pero dirigida también por los propios obreros. Se incorporaron a esta tarea jurídica prestigiosos profesores como Alfonso García Valdecasas, de la Universidad Complutense, Efrén Borrajo, de la Universidad de Valencia para el campo de derecho del trabajo, y el administrativista García de Enterría, también de la Universidad Complutense. En este punto hay que hacer una salvedad importante porque Velarde, de buena fe, señala que la fórmula innovadora de sociedad anónima laboral era una invención del profesor García Valdecasas. Sin embargo hay que tener en cuenta antecedentes bastante anteriores del trabajo de la HOAC, del diseño por ésta de tal modelo de SAL y de la inspiración básica de un hombre excepcional, como Guillermo Roviroso, presidente de la HOAC y su verdadero inspirador intelectual y espiritual².

En 1948 se presenta un anteproyecto de Ley de la Sociedad Anónima, para sustituir a la anterior y este anteproyecto es obra del profesor Joaquín Garrigues y otras 6 personas. Se abre un periodo de información pública en el que se pueden presentar réplicas personales o institucionales. La HOAC,

² Guillermo Roviroso. «Obras completas». Ediciones HOAC, Madrid, 1995. Edición, presentación y notas de Ángel Ruiz Camps. En especial hay que ver el Tomo II dedicado a Cooperación y comunidad, epígrafe XI, dedicado a la SAL, escrito del año 1961 y el Tomo III, reflexión cristiana, escritos socioeconómicos, cuyo epígrafe I sobre la reforma de la empresa (año 1949) ya trata de la sociedad anónima laboral.

aunque sabe que va a ser inoperante, considera que tiene el deber de intervenir y realiza una crítica demoledora del nuevo texto y sus principios capitalistas y además presenta un anteproyecto alternativo de la empresa, en clave cristiana, a la que va a llamar Sociedad Anónima Laboral. En el Boletín de dirigentes se publica estos anteproyectos de la SAL, elaborado por el Grupo Obrero de Estudios Sociales (GOES), inspirado por Rovirosa, que escribió el prólogo, en el que realiza una crítica satírica y burlona de la SA capitalista, personificada en «don Pancho», ejemplo de patrón capitalista. Este anteproyecto de la SAL, redactado como hemos dicho por GOES, bajo la supervisión de Rovirosa, fue presentado por la Comisión Nacional de la HOAC el 30 de septiembre de 1949. El articulado del texto, con la exposición de motivos, se publica en el número 24 del Boletín de dirigentes (noviembre de 1949).

Rovirosa publicó cinco artículos para impulsar la idea de la SAL en el seminario «¡Tú!», del 13 de agosto al 10 de septiembre de 1949. En concreto, describe detalladamente el llamado anteproyecto EQUIS, que es en realidad una SAL, en el número 82 de «¡Tú!», 1949³

Rovirosa había sido el creador de una teoría crítica sobre El Fenerismo, sistema legitimador de la usura y el arriendo que era el régimen económico imperante en la sociedad que vivimos, basados en el derecho de arrendamiento de toda clase de bienes. En contraposición, proponía un cooperativismo integral en aquellos cuadernos COPIN en donde ya se citaba el antecedente de la sociedad anónima laboral, sobre la que había escrito anteriormente y además remite como fundamento de la SAL a los trabajos de la empresa proporcionalista elaborados, por los hermanos Rafael y Emilio Martín Molina, de Granada⁴.

Rovirosa llegó a elaborar un plan estratégico para iniciar una SAL con varias etapas:

1. Un grupo promotor entre los que esté el futuro director que redacte los estatutos y la memoria de viabilidad y elige a un 30% de colaboradores.

³ Véase obras completas de Guillermo Rovirosa, Tomo III pagina 187 y siguientes. Loc. Cit.

⁴ Guillermo Rovirosa, Tomo II. Cooperación y Comunidades. XI-SAL 1961. Páginas 338-400. De los cursillos nocturnos de la HOAC en el día quinto se insiste sobre las ideas de la SAL, no solo como una técnica cooperativista sino de espíritu cooperativista. Loc. Cit. Página 521.

2. Presentar al Ministerio de Industria y Comercio el proyecto de estatutos y la Memoria solicitando adiciones o rectificaciones y que declare que es útil para la riqueza nacional o lo rechace.
3. Designar un interventor del Estado en la SAL que controle y fiscalice la contabilidad hasta que se haya devuelto el 60% del capital social.
4. Una vez declarada la empresa útil y, designado el interventor, se inscribirá en el registro mercantil como garantía del Estado y el director concertará un crédito con la entidad financiera en las mejores condiciones.
5. El Estado recibirá un 1% de la cantidad garantizada hasta que se devuelva el 60% del capital social, y después, dejará de actuar el interventor y de pagarse esa prima del 1%.

Este ingenioso diseño incluía en su preámbulo y articulado del anteproyecto la reglamentación de aumento y reducción de capital, fusión o absorción de empresas, junta de accionistas, atribuciones del director, disolución y liquidación etc. Resultaba altamente garantista, como se ve⁵.

Una vez aclarado este antecedente tan significativo, conviene señalar que en el proceso complejo de creación de SALTUV, tuvo un papel decisivo el entonces alcalde de Valencia, Adolfo Rincón de Arellano que apostó por la opción, primero, de rescatar la concesión de los transportes urbanos de Valencia y luego, conseguir el apoyo, tanto del Ministerio de Trabajo como de Gobernación y de la Corporación municipal, para que tal renovación de la concesión de los transportes urbanos de Valencia se hiciera con esta fórmula. También fue fundamental que en el equipo del Ministerio de Trabajo de aquella época con los ministros Jesús Romea y Licinio de la Fuente, hubiera una sensibilidad social avanzada. Debemos recordar que de algunos de esos equipos formó parte el economista Juan Velarde. Por último, el papel del grupo promotor entre los tranviarios, encabezado por su líder Macario Bolado, muchos de ellos pertenecientes a la HOAC⁶.

⁵ Loc cit. Tomo III. Estudios-Socioeconómicos. Epígrafe II, páginas 191 y siguientes.

⁶ En la Revista «Economía Social», de CONFESAL, el periodista José Luis Núñez me preguntó ¿Por qué triunfó este proyecto? Y estas son las tres claves o factores fundamentales que contesté. También respondí a la pregunta ¿Qué lo hizo fracasar 19 años después? Pero a ello contestaremos más tarde. «Economía Social», noviembre-diciembre, 2002.

Las Cortes aprobaron la Ley de 8 de julio de 1963 por la que autorizaban al Ayuntamiento a rescindir la concesión existente de los transportes urbanos de Valencia y otorgarla a una empresa piloto de promoción social, de carácter experimental, denominada Sociedad Anónima Laboral de los Transportes Urbanos de Valencia. El Ministerio de la Gobernación, por decreto de 30 de abril de 1964, aprobó el pliego de condiciones de esa concesión, elaborado por el Ayuntamiento de Valencia. La Fundación Laboral que en el caso de Valencia se llamará FULTUV y acompaña de forma fundamental en el funcionamiento y organización a SALTUV, se regula, por Decreto de 16 de marzo de 1961 y por Orden ministerial de 20 de enero de 1962.

El 1 de julio de 1964 SALTUV iniciaba el ejercicio de esa concesión del transporte urbano de Valencia.

II. ESTRUCTURA JURÍDICA Y PECULIAR ORGANIZACIÓN DE SALTUV Y FULTUV

Este modelo ciertamente peculiar que se diseña no deja de ser una apuesta política de carácter experimental como empresa piloto por qué no hay una normativa jurídica específica que la regule. Es cierto que la Ley 231 de julio de 1960 que establece los Fondos Nacionales para la aplicación social del impuesto y del ahorro y el del Fondo Nacional de protección del trabajo y crédito para la difusión de la propiedad mobiliaria, establece en su preámbulo el buscar dar satisfacción a esa ambición sentida por todos los hombres de lograr el acceso a la propiedad, como medio de asegurar su futuro y el de su familia. La idea, sin embargo, de combinar los principios cooperativos con una armadura empresarial típica como es la Sociedad Anónima, no tenía una regulación jurídica específica.

El Ministerio de Trabajo, por otro lado, por medio de la Dirección General de Promoción, concedió un crédito a los productores de las antiguas empresas concesionarias de transportes de Valencia (Tranvías y ferrocarril de cercanías) de 60 millones de pesetas (los trabajadores habían calculado 400 millones para la total transformación de la empresa), crédito aportado a FULTUV, que tenía fines de promoción social, entre ellos el accionariado obrero, para acceso a la propiedad de la propia empresa y formación técnico-profesional y empresarial de los empleados.

FULTUV aportó la totalidad del crédito referido para constituir el capital social de SALTUV⁷.

Los principios fundamentales que van a regir la organización y funcionamiento son los siguientes:

1. La renta del trabajo supone que cada productor recibe su salario, según su categoría profesional.
2. Hay una igualdad de participación de los productores en el resto de la renta producida por el factor trabajo: todos los productores tienen igual número de acciones (2) y por lo tanto iguales beneficios accionariales. Pero se establece que no habrá dividendos por las acciones hasta que los salarios no hayan alcanzado un nivel suficiente para una vida digna.
3. Las acciones se adquieren sin desembolso de ninguna clase y es la Fundación Laboral la que entrega 2 a cada uno a partir de un año de antigüedad y por tanto todos los trabajadores son miembros de la fundación.

No puede haber más titulares de acciones que la Fundación y los productores, mientras subsiste la relación laboral, y se extingue con ésta, volviendo a adquirir la titularidad la Fundación y, en consecuencia, siempre perdurarán SALTUV y FULTUV aunque con nuevos productores.

4. Hay que destacar que la Fundación Laboral cumple una misión de fondo regulador y para ello debe tener siempre, al menos, el 51% de las acciones y si tuviera que disminuir su paquete por debajo de ese 51% del capital social por la entrega de las acciones a nuevos socios, estaría obligada a una ampliación de capital para realizar esta prestación reglamentaria, sin perder la condición de socio mayoritario.

Los títulos son inalienables, incluso entre socios. Sólo la Fundación Laboral, para cumplir su misión reguladora, puede adquirir las acciones poseídas por los socios.

⁷ Seguimos el documento «Ponencia de SALTUV» elaborado en 1967 y que años después se reprodujo en el Boletín Mensual de SALTUV y FULTUV. Año XIII, boletín de marzo de 1976, número 139, pp. 6 y 8; boletín de abril de 1976, número 140, pp. 20-23; y boletín de mayo de 1976, número 141, pp. 15-18. Los autores de esta ponencia son los letrados Adolfo González Comeche y José Víctor Macías Pérez.

La condición de accionista se pierde con la de productor (trabajador de la empresa) cualquiera que sea la causa que la determine. Esas acciones pasan a la Fundación que abonará lo liberado de su valor nominal al trabajador o sus causahabientes.

5. La totalidad de los trabajadores accionistas eligen a una asamblea de compromisarios en la que están representados los grupos de talleres, movimiento, administrativos, técnicos, cualificados o no y a su vez esta asamblea elige a los ocho miembros de la junta rectora de la Fundación que más tres jurados de empresa es el Órgano Rector de la misma.

Evidentemente, como socio mayoritario las decisiones últimas, también de la empresa SALTUV, en su Junta General de Accionistas, dependen de la Fundación, que tiene un papel de equilibrio y armonía entre la representación individual y la colectiva y en suma, una función moderadora que preserve el fin e interés general para frenar posibles decisiones desviadas de mayoría individual. Es evidente que el origen democrático de la Fundación legitima sus decisiones, pero este es un punto que va a crear conflictos en etapas posteriores.

1. Circunstancias que hacen aconsejables que determinadas Asociaciones de Trabajo revistan la forma externa de Sociedad Anónima

1. De naturaleza económico-financiera:

a) Inexistencia de límites cuantitativos para las aportaciones sociales. La SAL permite sortear el escollo que para estas limitaciones de las aportaciones sociales representa la Ley de cooperación.

b) Margen más amplio de autofinanciación y de utilización de capitales ajenos. En la SA, no hay límite legal en dedicar la totalidad de los beneficios de cada ejercicio al fondo de reserva. Y no sólo dispone de los canales financieros propios del cooperativismo, sino los normales de cualquier Sociedad Anónima.

c) Posibilidad de asociación y colaboración económica con otras entidades de igual o diferente estructura jurídica, nacional o extranjera. Ello es más fácil si es SA.

2. De naturaleza estructural:

a) Flexibilidad y técnica más depurada en la regulación de los órganos administrativos.

b) subordinación y responsabilidad exclusiva frente al Órgano Soberano de la Sociedad (evitar el riesgo de exceso de parlamentarismo o asambleísmo).

c) Valoración adecuada de las funciones directivas.

d) Equilibrio interno mediante la armonización de la representación individual con la colectiva (evitar que la presión por necesidades económicas, hagan olvidar las exigencias de una administración previsora, y comprometer el futuro de la empresa. Esa función moderadora la desempeña SALTUV que responde al espíritu social de la empresa).

3. De naturaleza social:

a) Fines sociales administrados con plena autonomía. La Fundación tiene sus propios órganos, distintos a los de SALTUV.

b) Reforzamiento de la disciplina interna. En la SAL la condición de trabajador y socio son cualidades deslindadas.

c) Aplicabilidad de la legislación social. Los trabajadores-socios están incluidos en los beneficios de la seguridad social.

4. Garantías en el tráfico jurídico-mercantil:

a) Estatuto jurídico de la empresa. Es una garantía para terceros y la obtención de créditos. La sociedad anónima comporta:

- Publicidad registral.

- Contabilidad legalizada mediante la posible redacción de balances y cuentas de pérdidas y ganancias.

- Procedimientos concursales. El derecho mercantil regula la suspensión de pagos, las quiebras etc. La SAL supone, mediante estas disciplinas, una mayor garantía para terceros.

b) Estabilidad del capital social. En la SAL hay más garantías que en las cooperativas ya que deben mantener un capital equivalente al capital social constitutivo.

2. Armonización de los principios fundamentales del cooperativismo con la estructura jurídica de la Sociedad Anónima, surgiendo de este modo la figura de la SAL

1. Principio de puertas abiertas.

Según este principio todo hombre es libre de llegar a ser miembro de una cooperativa siempre que se comprometa a respetar sus estatutos. En las cooperativas de consumo esto es fácil pero en las cooperativas de producción hay restricciones por circunstancias de posibilidades económicas o también por el egoísmo de alguno de los miembros iniciales.

Según los estatutos sociales de SALUV, todo trabajador que ingresa al servicio de la empresa, tienen derecho a formar parte de la sociedad al cabo de un año de haber ingresado y obtener dos acciones que adquirirá de la Fundación Laboral.

2. Acceso a la propiedad. Derecho al accionariado.

De los estatutos de FULTUV se extrae la obligación de venta de acciones a trabajadores de SALTUV y esta prestación no podrá condicionarse y además será gratuita, aunque tal vez, en otras SAL, no se pueda prescindir de las aportaciones iniciales de sus asociados.

3. Principio mutualista.

En SALTUV solo pueden ser accionistas los trabajadores de la empresa, con la excepción de FULTUV que representa al colectivo laboral. De ahí que las acciones sólo pueden ser transmitidas a la Fundación y recíprocamente, extinguiéndose la condición de socio con la de trabajador de la empresa.

4. Principio democrático: igualdad de derechos políticos.

Todos los trabajadores son accionistas con el mismo número de acciones (2) y los títulos son inalienables excepto por la Fundación Laboral. Estas normas de cautela son para evitar que la desigualdad económica pueda influir en el poder decisorio de la sociedad.

5. Principio de retorno: proporcionalidad con el trabajo y excedentes repartibles per cápita.

Según el convenio colectivo de SALTUV, el rango de cada trabajador accionista, según el trabajo desempeñado implica unos «puntos de calificación», según el puesto de trabajo. El valor económico del punto de calificación se revisa cada año. Tiene las ventajas de que los ingresos mayores lo son al mes, no al año y solo si se sobrepasase el 100% de las retribuciones para empresas de igual actividad, entonces se darían dividendos a las acciones. Ciertamente FULTUV tendría una mayoría de dividendos pero para cumplir los fines sociales de los que se beneficia el colectivo.

6. Principio de adaptabilidad del capital.

El principio de derecho al accionariado de los trabajadores impone la variabilidad del capital (tesis cooperativa). En la Sociedad Anónima la inelastibilidad del capital es una garantía frente a terceros. En SALTUV es por medio de FULTUV, accionista mayoritario, que se entregan las 2 acciones a los nuevos trabajadores-socios. Como ya hemos dicho, si ello provocara que el paquete de acciones de FULTUV quedara por debajo del 51% del capital social FULTUV estaría obligada a una ampliación de capital para realizar su papel de fondo regulador de acciones.

7. Principio de ayuda mutua.

Al tener los fines sociales de la Fundación, personalidad propia, separada de la empresa, hay una mayor autonomía de los mismos a la vez que la Fundación tiene poder de impedir desviaciones y mantener el equilibrio entre fines económicos y sociales, en su condición de socio mayoritario.

3. Problemas que suscita la falta de regulación legal de la Sociedad Anónima Laboral

1. De orden interno.

El contraste entre las normas de transmisión de las acciones en la sociedad anónima y el carácter personalísimo de la participación en la SAL. Posibles controversias judiciales suscitadas por los límites de que cada trabajador solamente tenga dos acciones o la prohibición de transmitir acciones de los trabajadores excepto a FULTUV y la obligación de los trabajadores que cesan en la relación laboral, incluso la sucesión «mortis causa».

La subordinación en que se haya la distribución de dividendos al capital social, en tanto las retribuciones no alcancen un nivel digno.

Otra cuestión que se plantea es si en la SAL, perteneciendo el capital a los trabajadores, ¿debe existir jurado de empresa? Y de existir, si las funciones son las vigentes en la ley de entonces o ha de haber una regulación especial para estas empresas laborables peculiares.

También tendría que regularse la excedencia especial de los altos cargos para poder volver a sus antiguos puestos cuando cesen de altos cargos.

2. De orden externo.

a) De carácter mercantil. Inseguridad para terceros ya que hay normas de sociedad anónima u otras, pero no existen sobre la SAL.

b) De carácter registral. No está claro si tiene cabida en los registros unas sociedades atípicas como las SAL.

c) De carácter tributario. Debería estar suavizado respecto a las de la Sociedad Anónima dado al carácter social de las SAL. Pareciera lógico que se estableciera el mismo estatuto fiscal que el legislador ha fijado para las cooperativas de producción obrera.

d) De carácter económico financiero. La falta de normas dificulta los créditos oficiales, las subvenciones etc. Así, por ejemplo, en los Fondos de difusión de la propiedad mobiliaria se señala que los títulos en que deban materializarse la concesión del préstamo, gocen de «cotización calificada». La SAL al no tener cotización en Bolsa ya que están vinculadas a la condición de trabajadores, no cumpliría este requisito.

Si la SAL tuviera una ley, al igual que las cooperativas, podrían acogerse a los apoyos financieros para fomentar la SAL.

Podría preguntarse también sobre los 60 millones de crédito que permitieron constituir el capital social de SALTUV, a través de FULTUV ¿qué clase de acto fue? ¿Un acto político, extra legal?

4. Conclusiones

1. Debe fomentarse las asociaciones de trabajadores para la producción.
2. En ordenamiento jurídico debe regular la SAL para la seguridad jurídica de sus miembros y de terceros.
3. Debe crearse una ley propia para la SAL y no solo una reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas que las incluya.
4. Esa ley debe incluir el aspecto tributario, y fuentes de financiación y ayudas económicas parecidas al de las cooperativas de trabajo.

A pesar de todo, tuvieron que pasar 22 años desde la creación de la primera SAL que supuso SALTUV, para que se creara en 1986, por primera vez, una ley de las Sociedades Anónimas Laborales.

5. La Fundación, sus obras sociales, en especial la formación y educación. La Escuela de Formación Empresarial y Comunitaria (EFEC)

A todo esto, la labor social de FULTUV, tanto en la formación profesional y técnica como en la cultural, mediante una múltiple actividad y ayudas y becas, no se detuvo y culminó con la creación, a finales de 1973, de la

Escuela de Formación Empresarial y Comunitaria (EFEC) con sede propia y un plan de enseñanza en dónde convergían los cursos de las distintas técnicas empresariales con la formación en la doctrina comunitaria desde los clásicos del socialismo utópico hasta la doctrina cooperativa y la propia de las Sociedades Laborales.

Asumí la dirección de esta Escuela, cuya presentación en rueda de prensa, como el primer centro, en su género que existía hasta entonces en España, se hizo el 15 de septiembre de 1973, creada por FULTUV para estudiar, como hemos dicho, las distintas modalidades de trabajo asociado y las experiencias empresariales comunitarias a la vez las técnicas en formación empresarial y la proyección en labores de investigación e intercambio de estudios y experiencias sobre ensayos comunitarios en distintos países⁸.

El acto de apertura del curso académico 73-74 tuvo lugar en el Salón de Cortes del Palau de la Generalitat el 28 de noviembre de 1973 y tanto trabajadores de SALTUV como de otras empresas pudieron recibir becas del Ministerio de Trabajo para asistir a tales cursos, además de las que FULTUV podía conceder a sus propios trabajadores.

EFEC empezó a publicar la Colección de Cuadernos EFEC, con destacadas investigaciones sobre la empresa y la teoría de sistemas, la empresa y la teoría de juegos, el desarrollo comunitario, etc.

En junio de 1975, EFEC organizó las I Jornadas sobre Autogestión, Empresa y Sociedad Futura con una gran participación de investigadores, académicos y expertos. Tales jornadas se repitieron en junio de 1976⁹.

III. AÑOS DE EXPANSIÓN Y ÉXITO ECONÓMICO Y SOCIAL (1964-1973)

En la Ponencia de SALTUV que hemos citado y describe los primeros tres años de actividad de la empresa —1964, 1965 y 1966— se refleja unos resultados de tipo económico y social ciertamente brillantes. La retribu-

⁸ Diario Levante, «Nace en Valencia la Escuela de Formación Empresarial y Comunitaria», 15 de septiembre de 1973. Dirigí EFEC de octubre de 1973 a octubre de 1976.

⁹ Véase Boletín SALTUV-FULTUV agosto 1976, pp. 21-23. En una entrevista realizada en este mismo boletín a una de las figuras históricas del movimiento sindical en España, Diego Abad de Santillán, éste declaró: «Después de nuestra guerra, SALTUV ha sido la primera experiencia seria de economía socializada» Pp. 24.

ción del personal, entre la más baja de escala salarial en Valencia, se aumentó en un 50% pese a que las tarifas en esos tres años no se modificaron excepto la de transformación de líneas de tranvías en autobuses.

Asimismo, se pudieron amortizar cantidades importantes esos años, se invirtió en la adquisición de 146 nuevos autobuses, se revisó el viejo material con el tendido de nuevas líneas y se modificaron los talleres de tranvías para adaptarlos al sistema de autobuses y se alcanzó un beneficio neto significativo.

También conviene destacar el centro mecanográfico constituido para la contabilidad analítica, con un ordenador electrónico, GAMMA-10, primera empresa en poseerlo.

El director de SALTUV, Manuel Yarza, resume estas mejoras técnico-económicas afirmando que aunque el pliego de condiciones de la concesión establecía cinco años para cambiar los tranvías por autobuses, ese cambio se hizo solo en un plazo de dos años y medio y los últimos tranvías fueron sustituidos por trolebuses¹⁰.

Ahora bien, hay que decir que esta expansión en el número de líneas, viajeros transportados, mejora de productividad y de rentabilidad alcanza hasta el año 1972, es decir, 8 años en los cuales hubo superávit y beneficios en la empresa y la información más objetiva, por la independencia de su origen, se encuentra en la comunicación presentada por R. Legris al XXXIX Congreso Internacional de la Unión Internacional de Transportes Públicos (UITP), celebrado en Roma, en mayo de 1971¹¹.

En este trabajo el Sr. Legris analiza una relación entre distintos conceptos de productividad técnica y financiera en empresas de transportes públicos de las 80 ciudades más importantes del mundo. En los cuadros anexos a esta comunicación, el transporte urbano de Valencia, es decir SALTUV, se encuentra con una productividad neta de personal que la coloca la pri-

¹⁰ Manuel Yarza Uranga, «Nuestra empresa de Transporte», en SALTUV, la empresa Comunal, Loc. Cit Pp. 111-140.

¹¹ La Comunicación del Sr. Legris —Director General del Transporte en Común de Niza (Francia)— se titula «Les améliorations et la mesure de la productivité dans les transports urbains de surface» (Las mejoras y la medida de la productividad en los transportes urbanos de superficie). La referencia en Antonio Colomer Viadel, «Defensa de la propiedad comunal», Revista Índice, números 369-370, 1 y 15 de febrero de 1975, Pp. 16-18. Se trata de una carta abierta dirigida a Don Eugenio Suárez, director de Sábado Gráfico de Madrid, de 30 de noviembre de 1974 que éste no publicó y si lo hizo la Revista Índice, también de Madrid.

mera entre todas las ciudades observadas, y junto al concepto de productividad bruta —Km por agentes efectivos— da en síntesis una rentabilidad técnica global que la coloca en el quinto puesto mundial.

En el análisis financiero y en relación al valor añadido, el trabajo de M. Legris, es también muy significativo. En medio de una situación general en la que los recursos no permiten cubrir los gastos, y éstos deben ser subvencionados por las municipalidades, el autor subraya, admirativamente, una excepción a esta situación financiera y afirma: «la situación de Valencia es excelente. Esta red no necesita ningún financiamiento exterior» (página 37).

Tal vez, convenga añadir que mi artículo-carta de Defensa de la Propiedad Comunal era una réplica a un corresponsal de la revista *Sábado Gráfico* que en contradicción con el juicio académico objetivo que acabamos de dar y las cifras elocuentes de los balances de esos años, llegaba a la conclusión que el ejemplo de estas experiencias no deben a volver a hacerse, queriendo crear estado de opinión sobre la inviabilidad de las empresas autogestionadas o comunales. En este mismo momento se estaban dando datos en empresas de transportes públicos urbanos municipalizados de entre 700 y 800 millones de pesetas de pérdidas anuales, en Madrid y Barcelona.

En consecuencia, ¿a qué intereses se servía con tal tergiversación? Y concluía mi artículo-carta afirmando que era una manifestación más de la compleja, variada y sagaz capacidad de adaptación, de rapto y de servicio a los intereses inmutables pero multiformes de la oligarquía.

1. Proyección nacional e internacional

Hay que señalar que en este periodo y con el apoyo del Ministerio de Trabajo y el asesoramiento de SALTUV, se crearon Sociedades Anónimas Laborales de Transportes Urbanos en Almería —SALTUA—, en Palma de Mallorca —SALMA—, y en Gran Canaria —SALCAI—. Posteriormente los trasportes urbanos de Sagunto fueron entregados por su Ayuntamiento a una Sociedad Anónima Laboral tutelada por SALTUV, que en principio lo iba a realizar directamente pero ante ciertas resistencias del Ayuntamiento de Valencia, constituyó una nueva SAL (SALTUS).

Hay que decir que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) solicitó a SALTUV que asesorase técnica y socialmente a la Empresa Metropolitana de Transportes de Lima, lo que así hizo durante un tiempo, bajo a esa tutela de la OIT y del Ministerio de Trabajo español.

Tanto los dirigentes peruanos como de otras empresas de Paraguay, el Salvador y distintos países latinoamericanos visitaron las instalaciones en Valencia de SALTUV, tomándolas como modelo.

En la línea de proyección internacional de SALTUV y de las Sociedades Laborales, hay varios acontecimientos significativos:

- Del 25 de marzo al 30 de marzo de 1974 se celebra en Argel el XXIV Congreso Internacional de Sociología sobre el desarrollo de los países del Tercer mundo y allí presenté la comunicación «Las empresas autogestionadas en el proceso de industrialización de los países subdesarrollados. El modelo de las Sociedades Anónimas Laborales en España»¹²
- En junio de 1975, la II Conferencia Mundial de Autogestión se celebró en la Cornell University, Itaca, Nueva York, y en ella Macario Bolado y yo mismo expusimos el modelo de SALTUV y su capacidad de multiplicación. A raíz de esta participación el Profesor Jaroslav Vanek, organizador del Congreso, visitó SALTUV en Valencia en su periplo para conocer las experiencias autogestionarias más significativas del mundo.

IV. CRISIS ECONÓMICA Y PUGNA CON EL AYUNTAMIENTO DE VALENCIA

A partir de 1973 empieza una etapa de déficit y pérdidas económicas en SALTUV, causadas por una variedad de factores: modificaciones en el plano urbano y en las líneas sin contar con los técnicos de SALTUV, por parte del Ayuntamiento, pérdida del número de viajeros y congelación de tarifas o subidas muy limitadas que no compensaban las pérdidas que se producían. SALTUV realiza reclamaciones al Ayuntamiento porqué según

¹² La parte introductoria de este trabajo titulado «Algunas consideraciones sobre autogestión y desarrollo». Su aplicación a los países en vía de desarrollo se publicó en el Boletín mensual de SALTUV y FULTUV, junio de 1974, número 118, páginas 27-29.

Desgraciadamente el Profesor Vanek falleció en agosto de 2017, de lo que dimos noticia con un artículo de Juan Guillermo Espinosa en el periódico digital del INAUCO, La Hora de Mañana. (www.lahorade.es)

Esta nota se publicará de nuevo en la sección de noticias en el número 71-72 (Otoño 2018) de la Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción Comunal (www.ridaa.es).

el artículo 127 del Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales, éste estaba obligado a mantener el equilibrio financiero de la concesión, ya sea mediante la revisión de tarifas o subvenciones.

Y el concesionario tenía el derecho a obtener una compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión, inclusive el normal beneficio industrial (artículo 126).

Ese beneficio SALTUV lo fijaba en un 7,56% de los ingresos, mucho menos del 15% que señalaba la Ley de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera. En un Estudio económico financiero prospectivo al trienio 1973-1975, se señalaba la urgencia de buscar una solución para ese equilibrio financiero y el 19 de diciembre de 1975, la gran mayoría de los 1500 trabajadores de SALTUV asistieron al Pleno del Ayuntamiento donde se tenía que dar respuesta a ese Estudio y a las cifras deficitarias señaladas. Como presión se llenó también la Plaza del Ayuntamiento de autobuses mientras sus conductores y otros compañeros asistían al Pleno¹³.

SALTUV indicó que mientras en Madrid y Barcelona se aumentaban las tarifas del transporte a precio europeo, en Valencia no se tienen en cuenta estos reclamos y por ello envió su Informe a la Casa del Rey y a distintos Ministerios, señalando que los intereses de SALTUV no pueden ser puestos en contraposición a los intereses de los ciudadanos y que si en 1969 tuvo 117 millones de viajeros, en 1975 se redujo a 94 millones. El problema no se resolvía por aumento de tarifas ya que ello podía provocar una contracción mayor de viajeros y era, por tanto, el Ayuntamiento el que debía sufragar esas pérdidas, más los beneficios que SALTUV debe obtener.

De no ser de este modo y sin esta garantía ninguna empresa privada entraría en los servicios públicos y recordaba que la situación anterior financiera de SALTUV sin déficit es excepcional y la gestión por entidades locales es deficitaria en todo el mundo. En suma, SALTUV pidió 27 millones de pesetas por 1973 y 38 millones por 1974, recordando que a 31 de diciembre de 1974 las inversiones totales de SALTUV ascendían a 450 millones de pesetas.

El Ayuntamiento desestimó el recurso de reposición de SALTUV contra el acuerdo de ese Ayuntamiento de Valencia de 19 de diciembre de 1975, de equilibrio económico de la explotación del transporte colectivo.

¹³ Boletín SALTUV-FULTUV enero de 1976, número 137 Pp. 6 y 7.

El 27 de febrero de 1976, se celebra Junta General de Accionistas de SALTUV y allí se insiste en que nuestra tarifa es nuestra única fuente de ingresos para obtener recursos necesarios para la explotación del servicio y los costes, incluidos los del personal, deben ser cubiertos por los ingresos, y esto es lo que no está ocurriendo. Suben los salarios pero no las tarifas (¡sólo una peseta por viajero!), que no han podido absorber el incremento de costes y de ahí los balances negativos desde 1973.

Si la tarifa ha de ser política, es decir, inferior al coste medio real, por tratarse de un servicio público, ha de existir la correspondiente subvención o compensación económica por parte de la Administración.

A todo ello se inició una campaña contra SALTUV indicando que las pérdidas eran por mala gestión y ofreciendo al Ayuntamiento, en un informe «confidencial» una alternativa de gestión, sin pérdidas, hasta 2014, elaborado al parecer por empresas privadas de la competencia. Por su parte, CEGESA, empresa privada contratada por el Ayuntamiento, reconoció que los datos de SALTUV eran correctos¹⁴.

En un documento titulado «La situación económica de SALTUV sigue siendo muy grave», se afirma que después de la firma del convenio colectivo, con los aumentos salariales, las pérdidas acumuladas (51 millones de pesetas para 1975), ascenderían a 162 millones de pesetas.

En julio de 1976 y en un editorial de ese Boletín en el que se alude a los 12 años desde que SALTUV se hizo cargo de la explotación, se expone una petición al Ayuntamiento sobre el desequilibrio económico del año 1975 y se anuncia que de no ser atendido se presentará un recurso contencioso administrativo para exigir esa compensación al Ayuntamiento. No sólo por lo que señala la Ley anteriormente aludida sino a que en el pliego de condiciones de la concesión, la cláusula 12 señala el derecho del concesionario a obtener compensación económica que mantenga el equilibrio económico financiero de la concesión y se fechaba tal recurso para el 1 de junio de 1976¹⁵.

El 11 de junio se produce un conflicto grave en SALTUV, con paros parciales e intento de huelga generalizada, con panfletos clandestinos para sembrar el malestar, en donde en alguno se llega a escribir «es precisa la bomba que haga explotar a SALTUV», graves calumnias contra los dirigentes y reivindicaciones tan absurdas como que se tendrían que subir las

¹⁴ Boletín SALTUV-FALTUV, abril 1976, páginas 4, 5 y 6.

¹⁵ Boletín SALTUV-FALTUV, julio 1976, número 143, pp. 4-13.

tarifas de forma tan desmesurada que la administración municipal no las autorizaría.

Los días 18 y 19 Macario Bolado presentó un minucioso informe sobre esos hechos registrados en la empresa y explicó que desde el 8 de abril SALTUV había planteado en el Ayuntamiento que existía una necesidad de aumento salarial pero por su déficit acumulado la empresa no disponía ni de una peseta para ello y necesitaba saber con qué recursos de subvención municipal se podrá disponer. En junio de 1975 el Ayuntamiento había concedido 10 millones que no entregó un año después y SALTUV había señalado que el déficit subía a 192 millones de pesetas.

Los paros del día 11 de junio tuvieron un daño irreparable para los usuarios y un deterioro de la imagen de la empresa. Hay un asalto de grupos capitalistas a la SAL —señala— y en política, unos pocos de dentro le han abierto las puertas a los de fuera.

Bolado presentó una querella en los juzgados contra el Sr. Raga, representante de las empresas de transportes de cercanías, por injurias y calumnias.

La Comisión Interministerial creado en diciembre del año anterior para tratar el problema del transporte urbano de Valencia, intenta un acuerdo final entre SALTUV y el Ayuntamiento pero esas negociaciones no llegan a buen puerto, rompiéndose después de que el 17 de septiembre, ambas partes acordaran la suspensión cautelar del recurso contencioso administrativo y tras ello, se había iniciado unas conversaciones el 27 de septiembre pero no se aceptaban las cantidades reclamadas ni las asignadas a FULTUV y el economato. Así mismo la cuantificación de los beneficios normales de la explotación debía hacerse sobre el capital social y no sobre las inversiones realizadas por SALTUV. Eran pues, dos posturas irreductibles, como se constató en la reunión de 1 de octubre de 1976 y pese a las rebajas de las cifras que realizó SALTUV de esos tres años, el Ayuntamiento declara que la distancia es tan grande que resulta inútil seguir dialogando. El 18 de octubre SALTUV presenta un escrito a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia solicitando reanudar el recurso contencioso administrativo.

En la contestación del Ayuntamiento a la demanda presentada por SALTUV en ese recurso, se alega que el capital social de SALTUV son los 60 millones de pesetas concedidos inicialmente y que el Ayuntamiento no tiene relación alguna con FULTUV (ahí se ve el error de no regular legalmente esta forma peculiar de Sociedad Anónima Laboral, en la que en su origen, la Fundación Laboral es fundamental).

Además se señala que entre 1965 y 1972 SALTUV tuvo beneficios de 172.300.000 pesetas. El mismo escrito jurídico del Ayuntamiento alega que SALTUV entregó a FULTUV 91.619.462 pesetas y a los productores accionistas, por parte de acciones 11.897.104, pesetas, en total 103.416.566 millones que no había obligación ni compromiso legal de abonar (es decir, se desconoce en absoluto el modelo de empresa social piloto creado para SALTUV).

Por lo que se ha retraído del beneficio hasta 1974, es decir, durante 10 años 275.716.566 que sobre un capital de 60 millones supone un 46% de beneficio anual, que no ya solo era un normal beneficio industrial sino un beneficio desmesurado.

Por otra parte los gastos del economato debían haberse autofinanciado y las prestaciones sociales de FULTUV tampoco pueden considerarse gastos de la explotación ni tampoco los gastos de desplazamiento a Almería para asesorar a los trabajadores que allí iban a crear una SAL de transportes. En consecuencias, y firmado el 39 de septiembre de 1976, se solicita desestimar ese recurso¹⁶.

Todo ello es de una absoluta lógica jurídica dentro de la lógica capitalista propia del derecho de la Sociedad Anónima, pero ignora por completo el carácter social y solidario de una Sociedad Anónima Laboral de corazón cooperativo, ciertamente desamparada por la ausencia de una ley específica que la reconozca y la proteja,

V. EL AÑO DE LA RUPTURA INTERNA Y LA DECADENCIA (1977)

Si la sentencia sobre el recurso contencioso administrativo iba a dar la razón al Ayuntamiento porque los jueces no entendían el modelo SALTUV extralegal, este año se inicia una huida hacia adelante planteando una reforma de la empresa para superar las crisis internas y los conflictos externos.

A finales de enero de 1977 los trabajadores de SALTUV reciben un escrito en el que se daban normas para la reestructuración de la empresa y al mismo tiempo el gerente convocaba hasta cinco reuniones con el personal de Movimiento, Talleres y Oficinas en dónde se planteó la elección de una Junta Coordinadora de Elecciones con un objetivo final de reforma de la

¹⁶ Boletín SALTUV FULTUV diciembre 1976, número 48, pp. 2-12.

empresa. Fueron elegidos 4 trabajadores de Movimiento, 4 de Talleres y 2 de Oficinas.

Esta Junta Coordinadora de 10 miembros¹⁷ empezó a realizar las elecciones en Talleres, sin problema, pero no así en Movimiento por la dificultad de reunión y porque allí se planteó que si no se aumentaban los salarios, no debían celebrarse esas elecciones.

Días más tarde, el 9 de febrero de ese año, y tras una promesa de Gerencia de que se aumentaría el salario si el colectivo así lo quería, pero sin especificar ni cuándo ni en qué cuantía., fue suficiente, sin embargo, para reanudar la celebración de elecciones en los tajos que faltaban, en Talleres y Oficina y a los de Movimiento se acordó que estarían librados de servicio con el objeto de que pudieran acudir todos a los locales de EFEC para efectuar las elecciones y debatir el proyecto de que se trataba.

En esas reuniones los trabajadores expusieron sus ideas, desilusiones y su descontento. En lo que coincidía la mayoría era en la cuestión de FULTUV, ya que al disponer de la mayoría de acciones, en las Juntas de Accionistas aunque estuvieran todos de acuerdo, el que decidía era el paquete de acciones de la Fundación. Y además que la Junta de Compromisarios de la Fundación no pintaba nada pues se tomaban decisiones sin haber sido esta ni siquiera consultada.

También se expresó que tanto la empresa como FULTUV, así como también el Consejo de Administración, eran dirigidos por la misma persona y eso no tenía razón de ser.

Algunos productores abogaban por la supresión de FULTUV, otros decían que continuara pero con un porcentaje de acciones bastante menor al 50%, que se dedicara solo a las obras sociales, y que en la Junta de Accionistas, el paquete de acciones del FULTUV debería apoyar a la mayoría (de votos individuales).

También se consideraba que la gestión de la empresa no se había llevado correctamente y que por eso ha dado lugar a que se llegara a la situación que actualmente nos encontramos.

Comentaban desfavorablemente la compra de VASA y de Puerto de Sagunto diciendo que si SALTUV era deficitaria, ¿Por qué se compraron dos empresas deficitarias también?

¹⁷ Seguimos en la descripción un documento interno de SALTUV, al parecer elaborado por tal Junta Coordinadora.

Se criticó así mismo que el Consejo de Administración no se había renovado hacía mucho tiempo y que el jurado de empresa, con alguna excepción, ha hecho siempre lo que la Gerencia ha querido.

También se preguntaban ¿para qué reestructurar una empresa deficitaria si nos deniegan las ayudas que pedimos?

Los miembros de la Junta contestábamos, a título informativo, sobre lo que conocíamos pero no a otras cuestiones un tanto inexplicables, como:

- Salarios bajos.
- Excesiva diferencia salarial con respecto a los mandos de la empresa.
- Si FULTUV tenía dinero para comprar VASA, ¿cómo es que los productores de SALTUV tienen salarios tan bajos?
- ¿Por qué si el Ayuntamiento no subvenciona con excusas como que los gastos de FULTUV, ECONOMATO, Montepío etc., no eran «gastos de explotación», no se eliminan esas excusas?

A pesar de todo lo expuesto, los tajos fueron sacando sus representantes y creemos que fundamentalmente por estos motivos:

1. Que por aquellos días y a consecuencia de la «huelga de hambre» de un grupo de vocales del jurado, se palió la situación económica del colectivo. Esas 14.000 pesetas vinieron pues, justo a tiempo.

2. Un grupo de 100 o más hombres, verdaderos representantes de los trabajadores, podían tener mucha fuerza, la que les concedía su representatividad autentica y de seguir siendo SALTUV, reestructurar y solucionar todo tipo de problemas como: mala administración, diferencias salariales, malas condiciones de trabajo etc.

3. Cada grupo, al reunirse con nosotros (la Junta de Coordinación) pensaban, «a estos tipos de la coordinadora los manda la empresa para lavarnos el cerebro», cuando salían y después de habernos oído ya no pensaban del mismo modo, habían visto que allí no había «trampas», si querían elegían y si no, no lo hacían y que teníamos los mismos problemas que ellos.

Como resumen podríamos afirmar lo siguiente:

a) Descontento generalizado del personal hacia la gerencia, Consejo de Administración y ciertos «cabecillas» de la empresa.

b) Descontento con los salarios bajos y las diferencias salariales.

c) Indiferencia hacia la reestructuración si con anterioridad no hay una reestructuración de los salarios.

d) Deseo generalizado de seguir siendo SALTUV, en base a qué, al menos, no se ha efectuado ningún «expediente de regulación de empleo» que como consecuencia de la transformación quizá se hubiera producido de ser una empresa privada, pero que ese deseo de continuar no es suficiente si el hacerlo lleva como consecuencia los bajos salarios actuales.

e) Falta total de información, al punto de darse el caso que productores con más de tres años en la empresa no tienen ni siquiera los estatutos de SALTUV y de FALTUV.

f) Desconfianza y malestar respecto de los cargo sindicales, reuniones, etc, como afirmaciones como: «están mandados por la empresa» etc.

Para finalizar diremos que la labor de la Junta Coordinadora terminó con la elección de los 15 trabajadores del Consejo Obrero, el 7 de marzo de 1977, y que ha tenido bastante de agradable: hay gente, quizá una mayoría, con inquietudes, con deseo de ir a mejor situación, partidarios de evolucionar y conseguir que la empresa sea auténticamente de los trabajadores a través de una profunda reestructuración, pero todos establecen como requisitos necesarios unos salarios dignos.

Se generó durante todo este proceso electoral, algo que, entendemos, no se puede perder sino aumentar y es un espíritu de autogestión, o al menos reestructurativo, un poco de esa ilusión que es necesaria para seguir adelante... no sabemos, sin embargo, si hoy en las actuales situaciones salariales y económicas de la empresa seguirá existiendo ni se continuará la tarea de aquella coordinadora que se interrumpió temporalmente al poco de empezar.

1. Proyecto de Reforma de la Empresa (1977)

El Consejo Obrero de Reforma, recién elegido, preparó ese proyecto de reestructuración de la empresa que iba a terminarlo el 5 de octubre de 1977.

El proyecto se abre con un preámbulo en donde se afirma que el espíritu inspirador del mismo es propiciar una participación efectiva de los trabajadores en la gestión de la empresa, pero deja la puerta abierta a posibles reestructuraciones para la necesaria adecuación con la realidad de cada momento, siempre tendente a una participación progresiva del colectivo que será quien en última instancia quien tome las decisiones importantes.

Se regulan los Órganos de Participación Externa y los Órganos de Participación de nueva planta así como nuevos órganos como en especial la Asamblea General, constituida por la totalidad de productores de la empresa que tome las decisiones definitivas.

En cuanto a los **Órganos de Participación Externa** se afirma que por imperativo legal, en toda sociedad Anónima, existen dos órganos necesarios, la Junta General de Accionistas y el Consejo de Administración pero que se quiere hacer compatibles, tras la reforma estatutaria, con una estructura autogestionaria ya que la primera podría convertirse en caso particular de la Asamblea General, mientras que el Consejo de Administración pasaría a ser un auténtico Consejo Obrero, elegido por todos los productores y representativo de ellos.

En cuanto a los **Órganos de Nueva Planta** se realiza una estructura ciertamente compleja fijando mandatos limitados, formas de renovación y en suma, no más de dos años para cada servicio. Existe un Consejo Permanente a que harán llegar sus peticiones los representantes de cada tajo. La unidad básica de la reforma es el representante del Tajo, productor que es elegido por sus compañeros de trabajo o de tajo, o miembro del Consejo del Centro correspondiente. La Asamblea de Representantes de Tajo, está formada por 110 trabajadores en aquel momento, que debe aprobar el proyecto de reforma de la empresa, el cual será ratificado definitivamente por el colectivo.

Luego se propone la existencia de Consejo de Centro de Movimiento, con 70 representantes, Consejo de Centro de Talleres, con 26 participantes y Consejo de Centro de Oficinas con 14 representantes.

El proyecto señala después la existencia de unos Comités Mixtos, en número igual al de cada servicio de la empresa, Comité Económico Financiero, Comité Técnico Organizativo, Comité de Asuntos Sociales y Comité de Disciplina. Tales Comités trabajan —y se entiende que controlan— a las comisiones del Consejo de Administración.

Existirán también unas comisiones especiales, tres, constituidas por seis miembros y un técnico, para informar, indagar y proponer soluciones a su Consejo de Centro o medidas concretas que afecten a algunos productores.

Esta pirámide compleja, tiene como vértice el Consejo Permanente, Órgano de Coordinación y de Reflexión constituido por 12 miembros, 4 por cada servicio y decide a que Órgano compete el estudio de cada cuestión, organiza las elecciones y preside y dirige las Asambleas de Representantes de Tajo.

Hay un sistema de incompatibilidades amplias y también de amplios recursos.

Son interesantes las consideraciones y cláusulas finales de este proyecto.

En las primeras se dice que una vez aprobada la reforma, por los representantes de Tajo y el colectivo, se pretende actuar como un «estatuto interno» que sirva para regirnos hacia una mayor integración y participación, encaminadas hacia la autogestión, hacia la gestión de algo que nos pertenece más que a nadie: nuestra empresa.

También se incluye en estas consideraciones el que para alcanzar esta meta es necesario llegar a una formación suficiente. Aprender a gestionar nuestra propia empresa, y dialogar.

En cuanto a las Cláusulas Finales son las siguientes:

a) Todas las Asambleas se celebrarán fuera de las horas de trabajo y con un mínimo deterioro de la prestación del servicio.

b) Todas las comisiones, comités, etc. Harán sus trabajos fuera de la jornada laboral, salvo por necesidad de urgencia.

c) Los componentes de los distintos órganos de participación no recibirán remuneración alguna por su actuación.

d) Se disolverán aquellos sistemas de representación que sean incompatibles con la legislación vigente y deberán aprobarse los acuerdos por 2/3 de los productores y un quórum del 80%.

e) Una vez aprobado y/o reformado por los representantes de Tajo, se someterá a referéndum del colectivo y la interpretación la tendrá el Consejo Permanente.

Hay también un anexo sobre los principios para la reforma de los estatutos y la modificación de los de SALTUV y FULTUV, de acuerdo con los siguientes criterios:

1. Las decisiones las tomarán los productores como personas físicas y no los paquetes de acciones. La solución para ello es que todas las acciones de SALTUV se repartan entre sus productores, excepto un porcentaje del 10 al 20% del total para FULTUV que debe entregar acciones a los nuevos productores, y rescatar las que los que dejan de serlo, y realizar la labor social de becas, ayudas, etc.

2. El valor añadido al patrimonio inicial de la empresa, es propiedad de quienes a costa de su esfuerzo y sus salarios, lo han creado, los trabajadores. Se plantea el problema del acceso de nuevos trabajadores y cómo articular estatutariamente el recibir una parte del valor añadido.

3. Los poderes de la Junta de Gobierno de FULTUV están centralizados en la misma, y la participación de los compromisarios es prácticamente

nula en la toma de decisiones. Hay que decidir que poderes recaigan en la junta de compromisarios y reformar los estatutos de la Fundación.

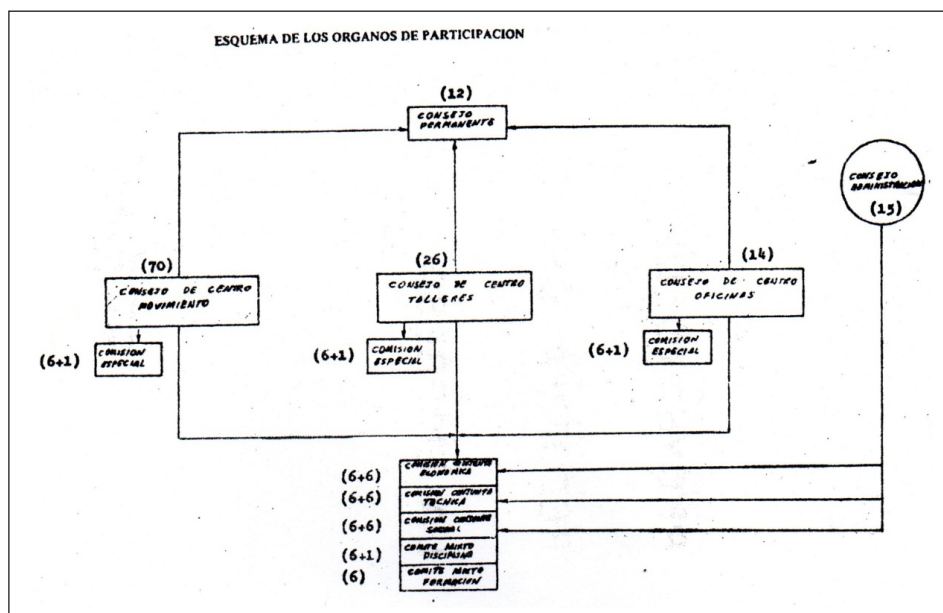
4. Supresión de artículos, tanto en uno como en otro de los estatutos, por quedar desfasados y contra las ideas autogestionarias que se proponen. (Pero, ¿Cuáles artículos serán? Y ¿Quién lo decidirá?).

5. El Consejo de Administración de SALTUV, será elegido democráticamente. Todos los socios son electores y elegibles mediante voto secreto y directo.

6. El periodo de mandato de cada Consejo de Administración no será excesivamente largo. Ha habido exceso de permanencia. El periodo será de cuatro años y cabe una reelección por una vez y otra después de cuatro años de descanso.

Hay la necesidad de que se apruebe esta reforma de estatutos por la Junta General de Accionista de SALTUV y por la Asamblea General de Compromisarios de FULTUV.

El proyecto lo firman los componentes del Consejo Obrero de Reforma, como hemos dicho, en Valencia a 5 de octubre de 1977¹⁸.



¹⁸ Existe un folleto impreso con tal Proyecto que abajo señala SALTUV, 1977 pero sin Deposito Legal ni otra referencia a la impresión.

VI. DECLIVE FINAL Y MUNICIPALIZACIÓN

La aplicación de este proyecto era prácticamente imposible por varias razones: en primer lugar la contradicción con la normativa legal reguladora de sociedades anónimas que era claramente incompatible. Además, se caía en un exceso de parlamentarismo sindical o laboral que resultaba muy paralizante desde el punto de vista de la empresa.

Es curioso que el mismo año que SALTUV inicia su gestión, un intelectual de izquierdas, Albert Meister, analizando la experiencia yugoslava, avisa del riesgo y peligro de un parlamentarismo sin freno que subestime los factores conscientes de la Organización, o que a partir de un igualitarismo absoluto, impiden su funcionamiento correcto, y porque en nombre de la plena democracia impiden el funcionamiento de un mecanismo verdaderamente democrata¹⁹.

Además la desintegración sindical, política e ideológica en el seno de SALTUV se había enconado y había resquebrajado la unidad de años anteriores. Unos sindicatos muy politizados, UGT, de inspiración socialista, Comisiones Obreras, dominadas por el Partido Comunista o minorías de USO y del grupo fundacional de inspiración cristiana, procedente de la HOAC.

Al mismo tiempo, las negociaciones con el Ayuntamiento que hasta entonces tenían una razón económica, a partir de 1979 tendrán una derivación política porque los nuevos alcaldes socialistas desean retomar el control de los transportes urbanos de la ciudad ya que, pese a los problemas financieros, es una fuente de influencia social y política.

Es cierto que en estas experiencias los promotores deben ser conscientes de que debe existir una renovación y dar un paso atrás. También es cierto el esfuerzo increíble de la creación de la empresa que tuvieron que realizar y también el sentido de responsabilidad, cuando llegan las dificultades, de intentar resolverlas, como hicieron en el origen.

En los autores del proyecto de reforma hay, por un lado, un exceso de confianza en el carácter altruista de la comunidad de trabajo, al pedirles que ocupen los numerosos puestos en tantos Consejos, Comités y Asambleas, fuera de las horas de su jornada laboral, y además con absoluto desinterés económico.

¹⁹ Albert Meister. «Socialisme et Autogestión», editorial Du Seuil, Paris, 1964.

Ahora bien, en otro punto se detecta una de las fallas de la falta de espíritu y valores cooperativos, comunitarios y autogestionarios. Allí dónde se dice que el valor añadido desde el comienzo de la empresa por el esfuerzo y sacrificio de los primeros trabajadores, debía ser reconocido a estos. Lo que plantea el problema de los nuevos trabajadores y su integración societaria que no se resuelve en el proyecto de reforma. Se vulnera así el principio cooperativo de puertas abiertas.

En suma, hay un enfrentamiento entre una concepción comunitaria o societaria de la SAL —que puede, ciertamente estar distorsionada— y una concepción individualista donde solo cuenta la suma de los intereses individuales del conjunto de sus miembros.

En este sentido es evidente que alguno de los autores de aquel libro inicial de 1970, «SALTUV, la empresa comunal», querían reflejar más bien esa estructura orgánica societaria o comunal de inspiración cristiana²⁰. Y por otro lado, la influencia anarcosindicalista en donde el recuerdo de las colectividades libertarias, de la Guerra Civil española, estaba presente y también la inspiración sindicalista de esta revolución comunal que tendría que partir de la empresa²¹.

En los años siguientes este resquebrajamiento se iba a acentuar y por una parte, se llegó a acuerdos puntuales con el Ayuntamiento para salvar la situación financiera aunque incrementando la deuda y se inició la negociación con el Ayuntamiento sobre unas bases pactadas para la transformación de SALTUV en Sociedad Privada Municipal, consiguiendo que se mantuvieran todos los puestos de trabajo del colectivo. Ese acuerdo se firma el 23 de junio de 1982. SALTUV salva una situación insostenible económicamente y el Ayuntamiento alcanza su pretensión de recuperar la Compañía de Transportes Urbanos, con el apoyo de los sindicatos afines y

²⁰ Véase Manuel Lizcano, «La nueva empresa comunal en España» en «SALTUV, la empresa comunal». Loc. Cit. Pp. 21-48 y también todo lo dicho sobre el relevante papel de Guillermo Roviroza, presidente de la HOAC y los miembros de la misma que hicieron un primer diseño de la Sociedad Anónima Laboral.

²¹ Juan López, «Sindicalismo, promotor de la empresa» en «SALTUV la empresa comunal». Loc. Cit. Pp. 75-94. Conviene señalar que al volver del exilio, Juan López, que fue director del periódico «Sindicalismo», de la CNT y Ministro de Comercio en el Gobierno Largo Caballero (1936-1937), aceptó ser Jefe de relaciones Públicas de SALTUV.

También otro destacado dirigente histórico anarcosindicalista como Lorenzo Iñigo, fue el delegado de SALTUV en Madrid.

usar este poder de control del servicio de comunicaciones como un instrumento más de su poder.

Sería interesante comparar las cifras que hemos citado de déficit de SALTUV, en pesetas, con las que va a generar la Empresa Municipal a partir de entonces, primero en pesetas y luego, en euros. Sugiero al amable lector que haga esta investigación sencilla y se pregunte si el no tener esas astronómicas pérdidas que después se han generado, ¿no es una forma de ganancia?

Es cierto que la experiencia de la SAL para gestionar la concesión de un servicio público, en este caso, los transportes urbanos, no es tal vez, la experiencia más adecuada cuando sus precios dependen de una tarifa que debe ser aprobada por la administración y en donde se asiste a un regateo constante sobre la cuantía de las compensaciones económicas, en caso de pérdidas.

Por ello, cuando la SAL se aplicó a empresas de producción industrial como juguetes, muebles, cerámica etc. su flexibilidad de gestión hizo que pudiera actuar de manera mucho más eficaz. Estas son las razones fundamentales del hundimiento de SALTUV, junto a la desunión de su colectivo y la falta de renovación de la cúpula que también parece era necesaria.

VII. CONCLUSIONES, CON EL HORIZONTE DE FUTURO

Se ha dicho, sin conocer la historia secreta, que la razón de este hundimiento está muy clara: el temor al efecto multiplicador que podría acarrear un éxito, o al menos, la demostración de que aquello era posible. Y que pese a todas las limitaciones, a todos los inconvenientes, unas empresas, incluso aquellas más constreñidas a ser concesionarias de un servicio público, podrían salir adelante, ser rentables, siendo organizadas, administradas y regidas por sus propios trabajadores²².

Otra cuestión es la necesidad de crear una red de apoyo mutuo entre distintos tipos de estas experiencias para alcanzar un nivel de masa crítica compleja que permitiera su invulnerabilidad, una verdadera estrategia de afines²³.

²² Antonio Colomer Viadel. «Defensa de la Propiedad Comunal» Loc. Cit. P. 18.

²³ Antonio Colomer Viadel. «El mutualismo, la estrategia de afines y la economía solidaria» Capítulo VI de su ensayo «El retorno de Ulises. Una filosofía política alternativa». Editorial Ciudad Nueva, Buenos Aires, 2011. Pp. 121-141.

Resulta interesante observar que el profesor Efrén Borrajo, que realizó un valioso informe jurídico de este modelo de empresa y se declaró partidario del mismo, afirma al final de su trabajo que «la reforma de la empresa solo será viable, si se sitúa en un contexto de conformación política del orden económico, en la que se propongan medidas concurrentes, es decir, la organización de una empresa de signo comunitario en una economía de signo “individualista solitario”, sería un contrasentido; la reorganización del crédito, la programación económica a nivel nacional y a niveles sectorial o de rama son, por ejemplo, presupuestos indispensables para la nueva organización de la actividad empresarial. Una visión contraria a estos postulados, por lo demás obvios, sería puro verbalismo reformista»²⁴.

Conviene también indicar que las primeras regulaciones legales de las sociedades anónimas laborales, la ley de 1986, y la ley 4/1997, de Sociedades Laborales, tienden a disminuir el carácter comunitario integrador de este tipo de empresa. En su artículo 5.3 se dice «ninguno de los socios podrá tener acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social». Sutilmente se ha afirmado que cualquiera puede tener hasta el 33% de ese capital, y por tanto, llegué a escribir que vulnera el artículo 129.2, del título VII, Economía y Hacienda, de nuestra actual Constitución de 1978, que pretende la mayor difusión de la propiedad de los medios de producción por los trabajadores, y por tanto aquella regulación legal hubiese sido susceptible de un recurso de inconstitucionalidad²⁵.

Por último, la actual Ley 44/2015 de Sociedades Laborales y Participadas afirma en su preámbulo que las Sociedades Laborales son sociedades de capital y que, por tanto, se deben adaptar en sus normas a lo que establece la Ley de Sociedades de Capital por más que también tienen un cierto carácter social.

Por ello, el artículo 5 mantiene la dualidad de las clases de acciones y participaciones entre laborales y generales en función de que su propie-

²⁴ Efrén Borrajo, «Bases para una configuración comunitaria de la empresa en España» en SALTUV, la empresa comunal. Loc. Cit. P. 72.

²⁵ Antonio Colomer Viadel, «El marco constitucional español de la economía de participación y solidaria», en el libro, coordinado por Gemma Fajardo y María José Senent, «Cooperativa de trabajo asociado. Estatuto jurídico de sus socios trabajadores». Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. Pp. 49-62.

tario sea o no socio trabajador. Y se dan facilidades, mediante un nuevo sistema más ágil, para la transmisión voluntaria de estas acciones.

Hay que mantener abierta, sin embargo, la esperanza de que el espíritu de apoyo mutuo, solidaridad e integración de ese sector de la economía solidaria en nuestro país, superará egoísmos individualistas, responderá en el futuro a un espíritu federativo solidario y demostrará que puede competir, en iguales condiciones, con los sectores público estatal, autonómico o municipal y también con las empresas capitalistas privadas, con todo éxito.

Antecedentes de la Ley de Sociedades Laborales y Participadas

FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ

*Profesor Titular Interino de Derecho Mercantil
Universidade de Vigo*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NORMATIVA SIN RANGO DE LEY: DE 1960 A 1986. III. NORMATIVA CON RANGO DE LEY: 1986-ACTUALIDAD. 1. La Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales. 2. Motivos para la derogación de la LSAL. 3. La Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales. 4. Razones para la derogación de la LSL: breve referencia. 5. La Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas. 5.1. Trabajos preparatorios. 5.2. Tramitación parlamentaria. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En la evolución histórica del régimen legal de las comúnmente conocidas como sociedades laborales podemos distinguir varios períodos legislativos. Cada uno de los mismos está caracterizado, a grandes rasgos, por lo siguiente.

De 1960 a 1986 nos hallamos con una regulación no exhaustiva basada en normas reglamentarias que contemplan las incipientes «sociedades laborales» como una forma jurídica creada para articular el apoyo económico de la administración al propósito asociativo de los trabajadores. Estas «empresas asociativas» nacen al albur de las normas que regulan los instrumentos económicos estatales de incentivo a las cooperativas de trabajo asociado que van perfilando la figura aquí estudiada dotándola de rasgos societarios propios. No obstante, esta tipificación concibe la sociedad laboral como una fórmula de salvamento de empleo más que como un instrumento de generación de empleo. El marco legal descrito impide la consolidación práctica de la figura y, algo más relevante, tampoco casa con el mandato previsto en el art. 129.2 de nuestra Constitución. Es por ello que se hace necesaria la promulgación de una ley especial.

Una segunda fase del período evolutivo comienza con la Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales (LSAL). En aras de la

seguridad jurídica, una figura asociativa de marcado carácter mutualístico se pliega a la forma de la sociedad mercantil paradigma de los mercados de capital: la sociedad anónima. Tras dicha promulgación, la necesaria reforma del derecho de sociedades interno operada tras la entrada de España en la CEE acelera un nuevo cambio legal que, en el caso de las sociedades laborales, tendrá como consecuencia fundamental el que éstas puedan constituirse bajo la forma de anónimas o de sociedades de responsabilidad limitada.

Esta es precisamente la mayor novedad que incorpora la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (LSL) que nos sirve como punto de partida en la última fase histórico-legal de este tipo de sociedades en nuestro ordenamiento. Este periodo, que se prolonga hasta la actualidad, comprende la vigente Ley 44/2015 de Sociedades Laborales y Participadas.

II. NORMATIVA SIN RANGO DE LEY: DE 1960 A 1986

La doctrina es unánime al situar el origen remoto de la disciplina de las actuales sociedades laborales, en ciertas previsiones de una ley promulgada durante el período de la dictadura¹. En efecto, la Ley 45/1960, de 21 de julio, sobre la creación de fondos nacionales para la aplicación social del impuesto y del ahorro (BOE 23/07/1960)² —en adelante FNPT—, contiene medidas de carácter económico-social que se plasman en la creación de una serie de fondos que poseen diversa finalidad³. Entre ellos se encontra-

¹ No obstante, como ha apuntado la doctrina mercantilista, la posibilidad de participación de los trabajadores en las sociedades anónimas no era ajena a nuestro ordenamiento. En concreto, el art. 151 de la Ley de Sociedades Anónimas del 1951 ya contemplaba, en sede de la disolución de este tipo de sociedades, una solución legal que permitiera a parte del accionariado o del personal de la empresa pudiera continuar al frente de tal sociedad. Al respecto, vid. entre otras: Gispert Pastor, M^a. T. (1983). Aproximación a una nueva realidad económica: la Sociedad Anónima Laboral. *Revista Jurídica de Catalunya*. núm. 2, p. 279; Gómez Calero, J. (1998). *Las sociedades laborales*. Granada: Comares, p. 3; Santos Martínez, V. (2002). Sociedades Laborales: implantación y renovación de una peculiar figura societaria. En AA.VV., *Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*. Vol. IV. Madrid: Mc Graw Hill, p. 4393.

² Disponible en formato original en: <https://www.boe.es/boe/dias/1960/07/23/pdfs/A10285-10289.pdf>.

³ La acción de difusión cooperativista era uno de los fines de estos fondos tal y como se declaraba por el propio Ministro de Trabajo de la época, Sanz Orrio, en la prensa de la época. Al respecto, puede consultarse Casas Pérez, J. De las,

ba el denominado fondo nacional de protección al trabajo, regulado en el título III de la citada norma y que se destinaría «(...)», entre otros fines, a atender problemas específicos de paro, cuando sean consecuencia de la aplicación de planes de racionalización del trabajo o mejoramiento de instalaciones, así como a facilitar los movimientos migratorios de la población obrera» (Exposición de motivos, IV). El artículo trece de la norma, tras declarar el impuesto que nutrirá de recursos a este fondo, establece que el mismo se dedicará, entre otras atenciones, a: «c) Difundir el cooperativismo y conceder préstamos a los trabajadores que les permitan su adscripción a una Cooperativa»⁴.

Como consecuencia de la Ley 45/1960 se crean los denominados planes anuales de inversiones del FNPT. Estos planes son promulgados anualmente hasta 1980, año en el cual se ejecuta el XIX —y último— Plan de inversiones debido a que el fondo nacional de protección al trabajo se suprime al año siguiente en virtud de la disposición adicional 4ª, apto. 1 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981.

Entre la normativa de ejecución de los planes de inversiones interesa destacar lo siguiente. De acuerdo con la Orden de 24 de enero de 1964 (BOE 25/02/1964)⁵ —III Plan de inversiones— se prevén, por una parte, ayudas a los trabajadores con destino a la asistencia técnica de las Empresas asociativas constituidas por éstos; y, por otra, préstamos no solo a los trabajadores para adscribirse a una Cooperativa sino que también a aquellos que «deseen constituirse en Empresa en régimen asociativo»⁶ Por tanto,

El Fondo Nacional de Protección al Trabajo, entrevista a Sánchez Orrio, ABC, 10/06/1962. Disponible en: <https://linz.march.es/documento.asp?reg=r-63237>.

⁴ En esta norma también interesa destacar otro incentivo, siquiera indirecto, a la participación de las personas trabajadoras en las sociedades. En concreto, se regula el fondo de crédito para la difusión de la propiedad mobiliaria regulado en el Título IV (art. diecisiete a veintiséis). En su artículo diecisiete se prevé la concesión de créditos a un interés protegido a: «(...) personas físicas que no estando obligadas directamente a presentar declaración por Contribución sobre la Renta, deseen adquirir: a) Acciones, obligaciones u otros títulos equivalentes emitidos por la empresa en que el peticionario preste sus servicios».

⁵ Disponible en formato original en: <https://www.boe.es/boe/dias/1964/02/25/pdfs/A02493-02500.pdf>.

⁶ Sáenz García de Albizu, J. C., & Goñi Sein, J. L., & De la Hucha Celador, F., & Perdices Huetos, A. B. (2000). Tomo XV Sociedades Laborales. En: R. Uría & A. Menéndez & M. Olivencia (Drs.). *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Madrid: Civitas, pp. 17-18; Santos (2008), op. cit. p. 4400.

como bien se ha puntualizado, es la primera vez —de ahí que este hecho se haya catalogado como «acta de nacimiento»— en la que la Administración comienza a potenciar figuras asociativas de trabajadores diversas a las cooperativas⁷.

Es precisamente en este año (1964) cuando se funda la primera sociedad «laboral» tal y como hoy entendemos el término. Es la «Sociedad Anónima Laboral de los Transportes Urbanos de Valencia» (SALTUV). Su razón de ser histórica parte de la iniciativa de los trabajadores de la concesionaria de tranvías y ferrocarriles de Valencia que, conscientes del fin de la concesión, deciden asumir la gestión de la empresa⁸. No obstante, también hay que puntualizar que no fue la primera ocasión en la que el servicio de transporte urbano de Valencia experimentó el modelo de autogestión, dado que durante el período de la guerra civil el Sindicato Nacional del Ferrocarril de la CNT se incauta de la compañía que pasa a estar dirigida por un Consejo Obrero⁹.

El modelo organizativo de esta SALTUV era complejo. Su constitución, como sociedad anónima, aprovechaba la flexibilidad de esta forma social y el modelo económico-organizativo que se deseaba por los fundadores; y, por otra parte, se evitaba la aplicación de la normativa de cooperativas en aquel año vigente, esto es: de la vetusta y rígida Ley de Cooperación de 1942¹⁰.

De los estatutos de esta sociedad destacaríamos dos cuestiones¹¹. El capital social de esta sociedad se fijaba en 60 millones de pesetas y estaba

⁷ Chico Chico, F., & Marcuello Servós, C., & Pérez Giner, F., & Urbina Pérez, O. (1995). Las sociedades laborales: origen y evolución. Referencia a las Sociedades Anónimas Laborales aragonesas. *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 18, julio, 1995, p. 174.

⁸ La constitución de SALTUV va precedida de una norma fundamental: la Ley 99/1963, de 8 de julio sobre rescate de concesiones de transporte urbano en Valencia y nueva concesión del Ayuntamiento para su mejor explotación (BOE 10/07/1963). Dicha norma autorizaba el rescate de la concesión y su adjudicación directa a la nueva empresa por parte del Ayuntamiento de Valencia.

⁹ En este sentido, vid. Chico Chico et al., op. cit. p. 174; y página web de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia (EMT). Información disponible en: https://www.emtvalencia.es/ciudadano/index.php?option=com_content&view=article&id=113:tram-company-ctfv&catid=58&lang=es.

¹⁰ Al respecto, vid. Santos (2002), op. cit. p. 4401.

¹¹ Pueden consultarse íntegramente en la revista *Estudios Cooperativos* (1965), núm. 9, pp. 68-73.

representado por 12.000 acciones nominativas de 5000 pesetas de valor nominal cada una (art. 5 Estatutos). Todo productor (trabajador) con una antigüedad de al menos 1 año podía suscribir, como máximo, 2 acciones (art. 7); perdiéndose la condición de accionista con la de productor de la empresa (art. 12). Asimismo, cabe destacar, que se permitió la suscripción de acciones de la sociedad por parte de una fundación (FULTUV) creada para canalizar tanto el préstamo estatal concedido a los productores para la constitución de la sociedad como los beneficios que pudiera tener ésta (art. 6 Estatutos)¹². Las transmisiones de acciones sólo se permitían recíprocamente entre la fundación y los productores (trabajadores) de la empresa (art. 10). En suma, con este modelo empresarial, se garantizaba que «(...) todo el capital social, de forma directa o indirecta, pertenecía a la plantilla laboral»¹³.

Esta primera experiencia sirvió de referencia para la creación de otras sociedades anónimas laborales, sobre todo en el sector del transporte urbano, que fueron constituidas con el asesoramiento de los propios directivos de SALTUV¹⁴. En ciertos casos el nacimiento de tales sociedades va ligado a situaciones de crisis, recurriendo a dicha forma jurídica como remedio último o «tabla de salvación» de los puestos de trabajo de una sociedad anónima que se encuentra cercana al cierre¹⁵, sobre todo a raíz de la llamada crisis del petróleo de principios de los años 70¹⁶. Es por ello que parece inevitable recurrir al tradicional tópico de vincular la figura de la sociedad laboral y empresas con problemas o, simplemente, con formas jurídicas creadas expreso para recibir ayudas públicas¹⁷. Con todo, y más aún con el paso de los años, la generalización de esta opinión puede resultar equívoca.

¹² Este modelo, técnicamente avanzado, de concurrencia entre una fundación de carácter laboral y la sociedad, no fue seguido en experiencias posteriores tal y como ha sido declarado por Vicent Chuliá, F. (2001). *Introducción al Derecho Mercantil*. 14ª edic. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 549.

¹³ Santos (2002), op. cit. p. 4402.

¹⁴ Tal y como destacan Chico et al. (1995), op. cit. p. 175.

¹⁵ Fernández-Albor Baltar, Á. (1992). Sociedades Anónimas Laborales: aspectos societarios y problemática de adaptación a la nueva regulación en materia de sociedades. *Derivito*. Vol 1, núm. 1. (151-188), p. 153 (nota 4).

¹⁶ Chico et al. (1995), op. cit. pp. 175-176.

¹⁷ Pagador López, J. (2005). *Las Sociedades Laborales. Las Sociedades de Garantía Recíproca*. En: M. Olivencia, & C. Fernández-Nóvoa (Dir.) & G. Jiménez Sánchez (Coord.). *Tratado de Derecho Mercantil*. Madrid: Marcial Pons, p. 21.

Continuando con el *iter* legislativo de las sociedades laborales en esta fase primigenia, hay que resaltar un par de cuestiones que van perfilando el régimen jurídico de las mismas. La Orden de 24 de enero de 1970 (BOE 30/01/1970)¹⁸ —IX Plan de inversiones— es la primera norma que introduce la «innovación terminológica» del uso del calificativo «laboral» ya que habla de «Empresas en régimen asociativo laboral». No obstante, como bien ha destacado la doctrina¹⁹, desde un punto de vista legal tiene mayor trascendencia la Orden de 6 de febrero de 1971 (BOE 17/02/1971)²⁰ —X Plan de inversiones—. En dicha norma se concretan ciertos requisitos que necesariamente ha de contener el proyecto de estatuto de estas empresas como documento fundamental que acompaña la solicitud del préstamo a los trabajadores para la constitución de la sociedad. Con el objetivo de garantizar una sociedad cerrada²¹, son tres las condiciones cumulativas que, conforme al art. 43, II, 3 de la última Orden citada, se deben de cumplir: 1) todos los trabajadores tienen derecho a acceder a la sociedad titular de la empresa; 2) que no puede ser miembro de tal sociedad quien no fuera trabajador de la misma; 3) que ningún trabajador puede ostentar la mayoría de capital de la misma²².

En la Orden de 12 de enero de 1979 (BOE 22/01/1979)²³ —XVIII Plan de inversiones— se emplea, en vez de empresas asociativas laborales, la expresión «sociedades laborales». Tales «sociedades» siguen sin estar definidas legalmente y la normativa se centra en los requisitos que se han de cumplir para beneficiarse de las oportunas ayudas públicas. Esta orden permite que también formen parte de la sociedad personas que no sean trabajadores —socios que aporten capital— al declararse que, excepcionalmente y con el límite del 50% del capital social, éste podría pertenecer a socios capitalistas en supuestos de conversión de una sociedad de tal naturaleza en laboral. Sin embargo esta excepcionalidad desaparece en la Orden de 25 de enero de 1980 (BOE 30/01/1980)²⁴ que permite abiertamen-

¹⁸ Disponible en formato original en: <http://www.boe.es/boe/dias/1970/01/30/pdfs/A01515-01523.pdf>.

¹⁹ Sáenz García de Albizu et al. (2000), op. cit. p. 18.

²⁰ Disponible en formato original en: <https://www.boe.es/boe/dias/1971/02/17/pdfs/A02591-02601.pdf>.

²¹ Santos (2002), op. cit. p. 4405.

²² A respecto, vid. Sáenz García de Albizu et al. (2000), op. cit. p. 18.

²³ Disponible en formato original en: <https://www.boe.es/boe/dias/1979/01/22/pdfs/A01649-01655.pdf>.

²⁴ Disponible en formato original en: <https://www.boe.es/boe/dias/1980/01/30/pdfs/A02279-02281.pdf>.

te la participación en el capital social a personas no trabajadoras si bien con el límite antes citado. En esta norma, como puntualizó Gispert (1983) además de una clara referencia a las sociedades anónimas laborales se encuentra asimismo «unas normas de carácter coactivo que inciden en su régimen jurídico»²⁵. En contrapartida a este aperturismo, y con el objetivo de garantizar el carácter cerrado de la «sociedad laboral», las dos órdenes citadas exigen: que ningún socio pueda ostentar más del 25% del capital social; que los títulos representativos del capital pertenecientes a los trabajadores sean nominativos —haciéndose extensivo el carácter nominativo a todos los títulos de la sociedad de acuerdo con la Orden de 22 de enero de 1982—; y que tales títulos sólo puedan transmitirse a otros trabajadores de la sociedad. Además, las modificaciones de cualquiera de estas menciones estatutarias requerían una autorización administrativa —condicionante que desaparece con citada Orden de 22 de enero de 1982—.

No obstante lo anterior, hay que resaltar que sigue sin existir una definición de lo que ha de entenderse por «sociedad laboral» ni una adscripción obligatoria de ésta a la forma de sociedad anónima. Respecto a esta última cuestión, como bien ha puntualizado Santos (2002), quizás esto se pudiera deber «(...) a una pudibunda resistencia a reconocer que se está admitiendo la figura de una sociedad tan característicamente capitalista para unos objetivos cooperativos»²⁶. Habrá que esperar hasta la Orden de 12 de marzo de 1985 (BOE 23/03/1985)²⁷ para encontrar su abierta calificación como «mercantil» (art. 3.2) y una concreción de los requisitos que han de concurrir para su catalogación como «sociedad laboral». Requisitos que, a su vez, son matizados por la Orden de 21 de febrero de 1986 —que, dicho sea de paso, es la última de las normas sin rango de ley que perfilan el régimen de las sociedades laborales—.

A modo recopilatorio, y para cerrar este ciclo, procede indicar los requisitos básicos para la catalogación de una sociedad como laboral. Son los que siguen: que los trabajadores sean propietarios del 51% del capital social; que, por regla general, ninguno de los socios pudiera ostentar más del 25% del capital si bien pudiera alcanzar el 49% siempre que el socio fuera una entidad pública o una persona jurídica en cuyo capital participe mayoritariamente o pertenezca en su totalidad a cualquier administración

²⁵ Gispert (1983), op. cit. p. 281.

²⁶ Santos (2002), op. cit. p. 4407.

²⁷ Disponible en formato original en: <https://www.boe.es/boe/dias/1985/03/23/pdfs/A07607-07609.pdf>.

pública; el carácter nominativo de todos los títulos en que se divida el capital social; que tales títulos recojan en su texto las limitaciones a su transmisibilidad; y que los títulos representativos del capital propiedad de los trabajadores se puedan transmitir tanto a otros trabajadores como, en su caso, a las entidades públicas o participadas que formen parte del capital social de la sociedad.

III. NORMATIVA CON RANGO DE LEY: 1986-ACTUALIDAD

1. *La Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales*

El cuadro normativo expuesto, diverso en configuraciones y sin rango de ley, no es fácilmente conciliable con el mandato contenido en el artículo 129.2 de la Constitución donde, como es sabido, se mantiene que: «Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción». Por ello se hacía necesaria una norma con rango de ley que superase el precario marco normativo anterior y que, en palabras de Pagador (2005), «permitiera la consolidación de las sociedades laborales, no ya como simple fórmula de salvamento de empleos en las empresas en crisis, sino como nuevo instrumento de generación de empleo y riqueza encuadrable dentro de la llamada economía social»²⁸. Se trata, en suma, de fomentar adecuadamente esta fórmula de organización económica y de participación de los trabajadores en la empresa de acuerdo con el mandato constitucional.

Sin embargo tampoco hay que obviar el contexto socio económico vigente en aquellos años y, sobre todo, las normas que disciplinan el proceso de reconversión²⁹. En particular, por su relevancia jurídica, citamos la Ley 21/1982, de 9 de junio, sobre medidas para la reconversión industrial (BOE 19/06/1982), que fue precedida —y seguida— por los oportunos Reales Decretos-Leyes justificados por la urgencia de las soluciones

²⁸ Pagador (2005), op. cit. p. 21.

²⁹ Al respecto, vid. Andreu Martí, M^a del M. (2017). La sociedad laboral del siglo XXI. Significado y configuración. En M^a del M. Andreu Martí (Dir.) & I. Escuín Ibañez & M^a del C. Pastor del Pino (Coords.). *El régimen jurídico de las Sociedades Laborales*. Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, p. 31.

adoptadas³⁰. Centrándonos exclusivamente en la ley de reconversión, se establecen específicamente medidas para la constitución de sociedades y otras formas de asociación que tengan por objeto exclusivo intervenir en las operaciones de reconversión de un sector (artículo segundo, uno), así como la específica regulación de beneficios tributarios (artículo tercero) y concesiones de avales y créditos a las empresas que estén incluidas en los planes de reconversión (artículo cuarto).

Estos condicionantes, combinados con el extenso bagaje legislativo citado en el anterior epígrafe, son los que de forma definitiva impulsan la promulgación de una normativa con rango de ley que regulará las sociedades laborales. En este punto cabían dos alternativas legales: bien incluir un apartado específico dentro de la Ley de Sociedades Anónimas o, como finalmente sucedió, promulgar una ley especial para regular lo que era «una situación de hecho»³¹. Es así como el anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas Laborales de aprueba por el Consejo de Ministros en 1985; y se publica en el BOCG (Congreso de los diputados) el día 3 de junio de 1985. El proceso finaliza con la publicación de la Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales (LSAL) (BOE 30/04/1986); norma que necesariamente hay que completar en este punto con el RD 2229/1986, de 24 de octubre, sobre Registro administrativo de las Sociedades Anónimas Laborales, en el que, además de la disciplina registral se contiene un procedimiento especial para facilitar la conversión de las sociedades laborales existentes en sociedades anónimas laborales.

La LSAL parte de un breve preámbulo en el que se incorporan ideas que ya se han ido avanzando en este trabajo. En concreto, hace hincapié en los condicionantes económicos que originan la norma y en la regulación existente hasta aquel momento, realizada a través de órdenes ministeriales y centrada en las condiciones para equipar a las sociedades laborales con las cooperativas a nivel de ayudas, así como las dificultades de promoción que esto conlleva y, sobre todo, la necesidad de promover adecuadamente la figura tras en mandato constitucional.

³⁰ En relación con esta normativa, vid. Malaret i García, E. (1991). *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*. Madrid: Civitas, Madrid, pp. 51-68.

³¹ Al respecto, vid. Battle Sales, G. (1996). Notas sobre la Sociedad Anónima Laboral: ventajas e inconvenientes para su adaptación a las PyMES. En AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, II. Madrid: Civitas, p. 1522. En este sentido: Montolío Hernández, J. M. (1986). *Sociedades Anónimas Laborales: análisis jurídico-económico de la Ley*. 2ª edic. Madrid: Fundescoop, pp. 27 y ss.

Dicha Ley se componía de dos capítulos: uno dedicado al régimen societario (arts. primero a diecinueve) y otro al régimen tributario (arts. veinte y veintiuno). En lo que atañe al régimen societario lo más destacable es la caracterización de la sociedad laboral como anónima y, por ello, como sociedad mercantil. En consecuencia, se declara una aplicación subsidiaria de la normativa de anónimas dado que es la forma social en «boga» en aquel entonces y por entender que dota a las sociedades laborales de una mayor flexibilidad y sencillez que las cooperativas de trabajo asociado³². No obstante, existe una especialidad relevante respecto al capital social dado que el artículo dos de la LSAL establece que: «En lo no previsto en esta Ley, las Sociedades Anónimas Laborales se regirán por las normas aplicables a las Sociedades Anónimas y tendrán este carácter cualquiera que sea la cifra de su capital social».

Partiendo de esta idea, los elementos caracterizadores de la sociedad anónima laboral coinciden, en esencia, con lo ya apuntado por las últimas disposiciones administrativas citadas (vid. *supra*) que sirven como preludeo a LSAL y que, de facto, son promulgadas cuando ya se está tramitando parlamentariamente tal ley. Sin ánimo de repetir lo ya avanzado, habría que matizar que el elemento característico de este tipo de sociedades sigue pivotando sobre el poder decisorio a los trabajadores con vínculo estable con la sociedad. Por ello, el artículo primero determina que solo se considerarán «laborales», las sociedades anónimas en las que al menos el 51% del capital social pertenezca a trabajadores que presten en la sociedad servicios retribuidos en forma directa, personal, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido y en jornada completa.

Desde un punto de vista societario las medidas que incorpora esta norma pueden agruparse, según su finalidad y sumariamente, en tres tipos.

Para asegurar un mayor equilibrio del poder decisorio se sigue manteniendo (artículo cinco, II LSAL) que ninguno de los socios podrá poseer acciones que representen más del 25% del capital social con la salvedad de la participación como socios de entidades públicas o mayoritariamente participadas por capital público que podrán participar hasta un 49% del capital social. Del mismo modo se eleva a rango legal el límite de número de trabajadores a tiempo indefinido (no socios) que puede contratar la sociedad. Tal límite (artículo dieciséis) se fija en el 15% en relación al total

³² Celaya, A. (1989). Sociedad Cooperativa de Trabajo y Sociedad Laboral: configuración societaria comparada. *RDM*, núm. 191, 1989, p. 119.

de socios trabajadores, excepto en las constituidas por menos de 25 socios trabajadores, en las que el porcentaje máximo será del 25%.

Con el objetivo de reforzar el carácter «cerrado» e igualitario en este tipo de sociedades se contemplan, entre otras medidas, las siguientes: la necesaria emisión de dos clases de acciones en caso de existencia de socios trabajadores y socios no trabajadores (artículo sexto, I) garantizándole a esos últimos una representación proporcional en el órgano de administración (artículo catorce); la posibilidad de acciones en cartera siempre que se trate de acciones reservadas a los trabajadores y cumplan con los límites legalmente previstos (art. Sexto, III); límites a la transmisión de las acciones reservadas a los trabajadores, en concreto el derecho de adquisición preferente en la transmisión inter vivos de acciones reservadas a los trabajadores (artículos: octavo y noveno).

Por último, **en aras de fortalecer la solvencia financiera de este tipo de sociedades**, la LSAL prevé en su artículo diecisiete la obligación de constituir un Fondo Especial de Reserva de carácter irrepartible, excepto en caso de liquidación, con el 10% de los beneficios líquidos de cada ejercicio.

La LSAL concluye con un breve capítulo compuesto por dos artículos, dedicado al régimen tributario. Régimen que hay que completar con el Real Decreto 2696/1986, de 19 de diciembre, donde se regulaba la tramitación de concesión de beneficios tributarios.

2. Motivos para la derogación de la LSAL

Como ya se avanzó, la redacción original del artículo segundo de la LSAL hacía una mención específica al capital social de las sociedades anónimas laborales por la cual, respecto a la cifra del capital no se aplicaba subsidiariamente la ley de sociedades anónimas. Sin embargo esta solución legal cambia a raíz de la promulgación de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades. Una de las novedades de esta norma fue la fijación de una cifra de capital social mínimo. Cifra que, finalmente, se plasmó en el art. 4 del TRLSA aprobado por RD Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre, en 10 millones de pesetas para la sociedad anónima fuera ésta o no «laboral». Pues bien, esta modificación posee una gran trascendencia dado que «acelera» —conjuntamente con otros factores que detallaremos— la derogación de la LSAL.

En efecto, el artículo decimoquinto de la Ley 19/1989 modificó los artículos dos y cinco de la LSAL; y la Disposición transitoria 3ª de dicha norma específica los plazos de adaptación de la cifra del capital social de las sociedades anónimas que ya existían una vez publicada la ley a 27 de julio de 1989. Sin ánimo de exhaustividad, tan solo hay que matizar que el período transitorio fijado se dividía en dos plazos: el primero de 4 años desde la fecha de publicación para incrementar el capital hasta 4 millones de pesetas; y el segundo hasta el 31 de diciembre de 1996 para incrementarlo hasta el mínimo legal de 10 millones. No obstante, al margen del plazo de adaptación en sí, lo realmente relevante era una de las consecuencias de su incumplimiento: según la citada disposición, la no adaptación dentro de los plazos supondría que los administradores respondiesen personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales.

Además tampoco debemos de obviar otros dos factores relevantes para el cambio en el régimen legal de las sociedades laborales. En primer lugar, la Recomendación del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa³³. De acuerdo con dicho texto se recomienda a los estados miembros que garanticen estructuras jurídicas que permitan la participación de los trabajadores en la empresa, incluyendo la participación en el capital social (apto. II, 1) y que se fomenten tales fórmulas con la concesión de incentivos fiscales o de cualquier índole (II, 2), el oportuno suministro de información sobre las mismas (II, 3), y teniendo en cuenta las experiencias de otros Estados a la hora de regular fórmulas que permiten tal participación (II, 4 y 5).

En segundo lugar, con una mayor trascendencia, hay que citar la promulgación de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE 24/03/1995). Dicha norma regula un tipo social más adaptado a «estructuras asociativas con fuerte impronta personal»³⁴. Así lo declara el propio legislador en la Exposición de motivos de tal ley al establecer que las sociedades limitadas son más aptas «como fórmula jurídica de organización económica para los trabajadores y como vehículo de participación en la empresa». Sentado lo anterior, y teniendo en cuenta el

³³ Diario Oficial n° L 245 de 26/08/1992 p. 0053-0055. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31992H0443>.

³⁴ Lázaro Sánchez, E. J. (1997). La calificación «laboral» de las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada. Régimen de su adquisición y pérdida. En F. J. Alonso Espinosa (Dir.). *Régimen Jurídico de las Sociedades Laborales*. Ley 4/1997. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 19.

apremiante plazo para la total adaptación de la cifra del capital social de las anónimas, la disposición adicional séptima de la Ley 2/1995 estableció expresamente un plazo de 3 meses, a contar desde el 24 de marzo, para que el Gobierno presentara un proyecto de Ley de Sociedades Laborales en el que se actualizase el régimen jurídico de la sociedad anónima laboral y se regulara la sociedad de responsabilidad limitada laboral. En conclusión, como afirmó Gómez Calero (1998), el verdadero objetivo prioritario del cambio legal es, precisamente «la incorporación de la sociedad de responsabilidad limitada»³⁵ como tipo social básico alternativo a la anónima para la constitución de una sociedad laboral.

3. La Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales

Por los motivos citados se promulga con cierto apresuramiento³⁶ la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (LSL) (BOE 25/03/1997). Disposición que necesariamente hay que complementar con el Real Decreto 2114/1998, de 2 de octubre, sobre Registro Administrativo de Sociedades Laborales (BOE 14/10/1998)³⁷.

Además del objetivo prioritario declarado (vid. supra), es igualmente cierto que los condicionantes socio-económicos que concurrían cuando se aprobó la LSAL no son coincidentes con la realidad social del momento de la promulgación de la LSL. Es más, en 1997 y como bien se ha observado³⁸, la propia Exposición de motivos de la LSL no menciona de forma expresa las situaciones de crisis empresarial como razón de ser de las sociedades laborales sino más bien la finalidad de conseguir nuevos métodos de creación de empleo como uno de los objetivos básicos de la norma.

Dicho lo anterior, hemos de concluir que las diferencias del régimen jurídico entre la LSL de 1997 y la LSAL de 1986 son mínimas. En cuanto a estructura son prácticamente idénticas, reservándose gran parte del ar-

³⁵ Gómez Calero (1998), op. cit, p. 21.

³⁶ Al respecto vid. Alonso Espinosa, F. J. (1997). Especialidades en el régimen de la posición jurídica del socio. En F. J. Alonso Espinosa (Dir.). *Régimen jurídico de las Sociedades Laborales. Ley 4/1997*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 68-69.

³⁷ Norma que deroga el Real Decreto 2229/1986, de 24 de octubre, sobre Registro administrativo de las Sociedades Anónimas Laborales.

³⁸ Valpuesta Gastamiza, E. M^a. & Barberena Belzune, I. (1998). *Las Sociedades Laborales. Aspectos Societarios, Laborales y Fiscales*. Pamplona: Aranzadi, p. 21; López Gandía, J. (2006). *Las Sociedades Laborales y la aplicación del Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 65.

ticulado de la norma para el régimen societario (arts. 1 a 18 inclusive) y únicamente dos preceptos (arts. 19 y 20) para el régimen tributario. En el régimen societario, de inicio, se plasma la diferencia ya apuntada respecto a la posibilidad de elegir el tipo de sociedad anónima o el de limitada³⁹. Este hecho viene a apuntalar el carácter híbrido de la sociedad laboral, esto es: una sociedad de capital con corte personalista⁴⁰, o que incorpora rasgos definitorios propios de las sociedades cooperativas⁴¹. Como consecuencia de la posibilidad de elección antes citada, en la d.f. primera se realiza un reenvío a la normativa de anónimas o limitadas, según la forma elegida, para todas aquellas cuestiones no previstas en la LSL.

El elemento caracterizador de la sociedad laboral de acuerdo con la LSL sigue pivotando sobre la **atribución del poder de decisión** a determinados trabajadores pero con diversos matices en relación con la derogada LSAL. La LSL exige, en particular, «que la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido» (artículo 1.1 LSL). Se aprecian dos diferencias respecto a la norma precedente: los trabajadores socios han de tener simplemente la «mayoría» del capital social (no el 51% como en la LSAL), y los mismos han de estar ligados, como mínimo, con un vínculo laboral por tiempo indefinido con la sociedad. Tal vínculo, a diferencia de la anterior norma, puede ser a tiempo parcial o a jornada completa.

Por su parte, en la LSL, el **equilibrio a nivel de decisión**⁴² se garantiza con una fórmula que varía en cuanto a detalle con la LSAL. El art. 5.3 LSL determina como regla general que «ninguno de los socios podrá poseer acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social» —frente al 25% de la LSL—; con la salvedad, de forma similar a la LSAL, de entidades públicas o mayoritariamente participadas por capital público que podrán tener una participación que supere la tercera parte pero sea inferior al 50% del capital social. Como aspecto nove-

³⁹ Que no cualquier otra forma social mercantil, véase comanditaria o colectiva; Neila Neila, J. M^a. (1998). *Sociedades Laborales. Análisis sistemático de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales*. Madrid: Dykinson, p. 17.

⁴⁰ Gómez Calero (1998), op. cit. p. 20.

⁴¹ Sobre esta cuestión, vid. Celaya (1989), op. cit. pp. 118-119; y, con una perspectiva, vid. Vázquez Vicente, X. H. (1998). *Traballo asociado en Galicia: as sociedades laborais*. Vigo: Asociación para a economía social, pp. 17-20.

⁴² Que es otro de las «notas esenciales» en las que se sustenta el concepto de sociedad laboral; Santos (2002), op. cit. p. 4451.

dos, la LSL hace extensiva tal salvedad a las asociaciones u otras entidades sin ánimo de lucro. También varían ciertas condiciones a efectos del cómputo del límite de número de trabajadores a tiempo indefinido (no socios) que puede contratar la sociedad. Los porcentajes se mantienen (15% el general y 25% si la sociedad tuviera menos de 25 trabajadores), pero el criterio utilizado para computar es el número de horas/año trabajadas. Además se especifica que para el cómputo de tales porcentajes no se tomarán en cuenta los trabajadores con contrato de duración determinada; y que, en caso de superarse tales límites, se establece un plazo de 3 años para alcanzarlos (art. 1.2, II LSL) so pena de la pérdida de su calificación como laboral (art. 16.1, 1ª LSL).

En referencia al **carácter cerrado de las sociedades laborales**, se contempla la necesaria emisión de dos clases de acciones y participaciones: las de la clase laboral que serán propiedad de los trabajadores cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido y la clase general para cualquier otro supuesto (art. 6.1 LSL). Respecto a las acciones —en caso de constituir una sociedad anónima laboral— deberán de ser nominativas, no siendo posible la creación de acciones de clase laboral privadas del derecho de voto (art. 5.1 y 2 LSL). Por lo demás, el régimen de transmisión voluntaria inter vivos se regula de manera detallada con diferencias respecto a la norma de 1986 en lo que atañe al derecho de adquisición preferente en tales transmisiones. Únicamente en aquellos supuestos en los que ningún socio o trabajador haya ejercitado el derecho de adquisición preferente, las acciones o participaciones podrán ser adquiridas por la sociedad con los límites y requisitos previstos en la legislación de sociedades anónimas (art. 7.6 LSL). Al hilo de esta cuestión también hay que apuntar que en la LSL desaparece la posibilidad de acciones en cartera prevista en la norma anterior.

Finalmente, **en relación con la solvencia financiera de la sociedad**, se sigue regulando, además de las reservas legales o estatutarias que procedan, el Fondo Especial de Reserva con la misma dotación que en la LSAL —10% del beneficio líquido de cada ejercicio—. La diferencia radica en que la LSL no lo declara irrepartible y solo permite utilizar dicho fondo para la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin (art. 14.2 LSL).

4. Razones para la derogación de la LSL: breve referencia

Sin duda que el impacto inicial de la LSL fue muy positivo plasmándose en un gran desarrollo de esta forma social en el período 1997 a 2002, donde hay un incremento ostensible de las 1315 sociedades laborales con

6071 personas socias iniciales en 1997 a 6013 sociedades registradas con 21209 personas socias en 2002. No obstante, a partir del 2006, las cifras disminuyen considerablemente, llegándose a las 515 sociedades laborales registradas en 2015 con una cifra de 1917 personas socias iniciales⁴³. A esto debemos de añadir que la utilización de la sociedad anónima laboral como forma social es prácticamente nula. Esto supone, como bien ha señalado Paniagua (2015), una superación fáctica de la dualidad legal prevista en nuestra legislación⁴⁴. Por tanto, parece obvio que la LSL cumple de inicio con los objetivos fundamentales para los que fue promulgada, esto es: su configuración como un instrumento de las políticas activas de empleo y la consolidación de la forma de la sociedad limitada como prioritaria en la constitución de sociedades laborales.

No obstante, a los datos que se acaban de citar, hay que añadir un proceso de numerosas reformas legislativas que desde la fecha de promulgación de la LSL en 1997 han afectado al derecho societario. Siguiendo un orden cronológico, destacamos como punto de partida del citado proceso las modificaciones introducidas en el régimen jurídico de las sociedades limitadas por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa (BOE 2/04/2003). Entre otras novedades, esta norma permitió para las sociedades limitadas tanto la tenencia temporal de participaciones propias como las participaciones sin voto, añadiendo dos artículos —el art. 40 bis y 42 bis respectivamente a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL)— donde se regula su régimen jurídico. Huelga decir que estas modificaciones también afectaban a las sociedades limitadas laborales debido a la ya citada aplicación subsidiaria de la LSRL. Pues bien, dejando al lado los debates sobre la pertinencia y, sobre todo, la consistencia de las modificaciones citadas para cambiar el régimen jurídico

⁴³ Datos disponibles en: http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/EconomiaSocial/estadisticas/. Completando los mismos, procede traer a colación que, respecto a la dualidad legal sociedad anónima laboral y sociedad limitada laboral, las cifras corroboran que en la actualidad, «(l)as nuevas sociedades anónimas laborales son una realidad residual»; Paniagua Zurera, M. (2015). La singularidad tipológica de la sociedad laboral y su legislación adecuada (A propósito de la Proposición de ley de sociedades laborales de Confesal y de la aplicación judicial de la Ley 4/1997, de sociedades laborales. *RdS*, núm. 44 (enero-junio 2015), p. 5 (versión electrónica). En esta línea, vid. Andreu (2017), op. cit. p. 32.

⁴⁴ Paniagua Zurera (2005), op. cit. p. 5 (versión electrónica).

de las sociedades laborales⁴⁵, lo cierto es que tal modificación constituye uno de los motivos por los que se comienza a plantear la necesidad de una reforma (derogación) de la LSL.

5. La Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas

5.1. Trabajos preparatorios

Con los antecedentes citados, desde la Confederación Empresarial de Sociedades Laborales (CONFESAL) se impulsa la propuesta de reforma de la LSL. Como primer resultado de este largo camino, citaríamos una primera **Memoria de reforma de la LSL** elaborada por CONFESAL con fecha de 26 de octubre de 2006. Dicho documento incorpora una breve referencia a los antecedentes de este tipo de sociedades en nuestro Estado; a los motivos que justifican la modificación de la norma; y, en sus anexos, el informe y el texto de la propuesta de reforma de la LSL elaborada por las profesoras Fajardo García en lo que concierne al régimen societario, Alguacil Marí respecto a los aspectos tributarios, y el profesor López Gandía en lo referente a las cuestiones laborales.

La memoria menciona las citadas modificaciones en el régimen de las sociedades limitadas pero también otros tres motivos justificativos de la reforma. Son, sumariamente, los siguientes: i) facilitar el acceso de los trabajadores con contrato indefinido a la condición de socios; ii) modificar los límites en la contratación de trabajadores no socios y aquellas causas de descalificación administrativa de las sociedades laborales derivadas del incumplimiento de tales limitaciones; y, iii) mejorar los incentivos fiscales a dichas sociedades. Es por ello que, dado el calado de las modificaciones previstas y su heterogeneidad, ya desde un momento inicial se albergaban serias dudas sobre si la mejor opción legislativa era la reforma de la LSL o si, por el contrario, sería más correcta la promulgación de una nueva ley de sociedades laborales⁴⁶. Por tanto, la dicotomía acerca de la técnica

⁴⁵ Al respecto, vid. Olavarría Iglesia, J. (2008). Algunos aspectos societarios de la propuesta de reforma de la ley de sociedades laborales presentada por CONFESAL. *CIRIEC-España Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 19, 2008, p. 2 versión electrónica.

⁴⁶ De hecho, los documentos de los que venimos hablando fueron debatidos en un Simposio celebrado en Sevilla a finales de enero de 2008. El contenido de las diversas ponencias del Simposio puede consultarse en la revista *CIRIEC-España Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 19 del año 2008.

legislativa a utilizar ya se plantea de inicio y sigue vigente durante prácticamente todo el proceso de debate de las diversos trabajos preparatorios de la actual ley impulsados por CONFESAL⁴⁷. Así sucede, tanto en la **Proposición** de Ley de Sociedades Laborales datada a 3 de marzo de 2009, como en el documento titulado «Análisis sobre cambios normativos necesarios para Cooperativas y Sociedades Laborales para su adaptación al nuevo escenario económico», de 24 de abril de 2009 que incorpora también una memoria justificativa del cambio legislativo y sigue optando por la reforma «parcial» de la LSL.

Con todo, durante este *iter* temporal —iniciado con la memoria del año 2006 y finalizado en el año 2015 con la aprobación de la nueva ley— son numerosos los cambios legales que, siquiera colateralmente, afectan al derecho societario. Sin ánimo de exhaustividad y siguiendo un criterio cronológico podríamos citar la importante incidencia en el ámbito societario de la Ley 22/2003, Concursal, la previsión de otras formas jurídicas que en algunos casos podrían «solaparse» en cuanto a objetivos y estructura con las sociedades laborales (Ley 2/2007 de Sociedades Profesionales) y, obviamente, la promulgación de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

No obstante, entre todas las normas publicadas durante el referido *iter*, el verdadero impulso de la reforma parte de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social (BOE 30/03/2011) —LES—. En efecto, el art. 5 de la LES incluye entre las entidades que forman parte de la economía social a las sociedades laborales, y la D.A. séptima de dicha norma, a colación del programa de impulso de las entidades de economía social, contemplaba como medida específica la de la elaboración y remisión a las Cortes por parte del Gobierno de un proyecto de ley que actualizase y revisara la LSL.

A todos estos cambios legales hay que añadir la decisiva apuesta que desde la UE se da en los últimos años a las fórmulas legales de participación financiera de las personas trabajadoras en la empresa como mecanismo le-

⁴⁷ Cano López, A. (2008). Algunas reflexiones tópicas al hilo de una singular y necesaria propuesta de reforma. *CIRIEC-España Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 19, 2008, p. 5 versión electrónica; Olavarría Iglesia (2008), op. cit., p. 2 versión electrónica. En esa misma línea, vid. García Ruiz, E. (2013). El régimen legal de las Sociedades Laborales sometido a revisión. *RdS*, núm. 41, julio-diciembre 2013, p. 264.

gal de fortalecimiento de las PyMES⁴⁸; y, en esta línea, la expresa mención del sistema de sociedades laborales propio de España como paradigma de buenas prácticas⁴⁹.

Pues bien, con estos condicionantes legales amparados en una coyuntura económica marcada por una profunda crisis de empleo, se comienza a trabajar en la fase conclusiva del actual marco normativo de las sociedades laborales de nuestro Estado. Con brevedad y siguiendo un criterio cronológico, destacaríamos las siguientes fechas. El 19 de febrero de 2013 se presenta por CONFESAL la **Propuesta** de Ley de Sociedades Laborales que incorpora ciertas variaciones respecto a la Proposición de 2009 antes citada⁵⁰.

Sobre el último texto mencionado se basa **Anteproyecto de Ley de Sociedades Laborales y Participadas** que entre sus objetivos prioritarios — además de la consabida modernización y adaptación del régimen de las sociedades laborales al nuevo panorama del derecho societario— cita particularmente el de la simplificación de los requisitos para la constitución de las sociedades laborales, la facilitación del acceso a la condición de socias de las personas trabajadoras y el aseguramiento del control de la sociedad laboral por parte de éstas. Finalmente, como novedad relevante respecto a los trabajos preparatorios que hemos venido señalando, se recoge por primera vez en nuestro ordenamiento la figura de la sociedad participada por los trabajadores.

⁴⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Participación financiera de los trabajadores en Europa», de 21 de octubre de 2010.

⁴⁹ Sobre el éxito de este modelo en nuestro Estado, puede consultarse el Considerando I de la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre la participación financiera de los trabajadores en los beneficios de las empresas (2013/2127(INI)). Al respecto también sirve como referencia el siguiente trabajo: Fajardo García, I. G. & Muñecas, J. & San José, J. (2016). *Employee Financial Participation: Spain's Sociedades Laborales*. European Parliament: Directorate General for internal policies. IP/A/EMPL/2016-01. Bruselas: Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587300/IPOL_STU\(2016\)587300_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587300/IPOL_STU(2016)587300_EN.pdf), pp. 24-25. Señalando también la línea de impulso de esta forma societaria a nivel europeo, vid. Barrero Rodríguez, E. (2015). Consideraciones sobre la reforma del régimen legal de las Sociedades Laborales. *RdS*, núm. 45, julio-diciembre 2015, p. 258 (nota a pie 24).

⁵⁰ Al respecto vid. Andreu Martí, M^a M. (2013). Consideraciones sobre la propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Laborales. En M. F. Gómez Manresa & M. M. Pardo López, (Coords.). *Economía social y Derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas de Economía*. Granada: Comares, Granada, pp. 19-47.

5.2. Tramitación parlamentaria

Teniendo como referencia el Anteproyecto, el Consejo de Ministros del 24 de abril de 2015 recibe un informe de la ministra de Empleo y Seguridad Social sobre dicho texto⁵¹. Éste se remite al Consejo Económico Social para que en un plazo máximo de 10 días emita un Dictamen al respecto, siendo aprobado en la sesión extraordinaria del CES celebrada el 13 de mayo de 2015. A modo de conclusión general, el Dictamen realiza una valoración positiva del anteproyecto —quizás guiada por la «urgencia» en la tramitación de esta norma—. No obstante, en las observaciones particulares que se efectúan al articulado del mismo constan diversas objeciones y una clara disconformidad del CES respecto al texto presentado. Simplemente citamos a modo de ejemplo la crítica a las excepciones contenidas en el art. 1 del anteproyecto y que delimitan el propio concepto de sociedad laboral y los límites previstos en dicho precepto, las observaciones al sistema de transmisión de acciones y participaciones previsto en el art. 6 del anteproyecto, la crítica al sistema de autocartera permitido por el art. 12, o las apreciaciones a la reglamentación del órgano de administración y de los supuestos de pérdida de la calificación como sociedad laboral contenidos en los arts. 13 y 15 respectivamente. Mención aparte merece la íntegra desaprobación del capítulo III del anteproyecto donde se regulan por primera vez, como ya avanzamos, las sociedades participadas por los trabajadores por considerarla como una regulación insuficiente y sin el oportuno proceso de diálogo con los interlocutores sociales⁵².

Avanzado lo anterior, tan sólo queda señalar que un día más tarde de la aprobación del citado Dictamen —esto es, el 14 de mayo de 2015— el **Proyecto de Ley de Sociedades Laborales y Participadas (PLSLP)** se aprueba en el Consejo de Ministros⁵³.

En relación con la tramitación parlamentaria del PLSLP en sentido estricto, hay que resaltar que dicho proyecto inicia su andadura para convertirse en Ley por el procedimiento de urgencia el día 22 de mayo de 2015, fecha en la que se publica el texto en el BOCG (Congreso de los Diputados). Las enmiendas son publicadas el día 30 de junio en el BOCG.

⁵¹ Disponible en: <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2015/refc20150424.pdf>.

⁵² El texto íntegro del Dictamen está disponible en: <http://www.ces.es/documents/10180/2394234/Dic062015.pdf>.

⁵³ Disponible en: <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2015/refc20150514.pdf>.

Éstas se centran, fundamentalmente, en mejoras técnicas de la redacción del texto presentado, en la delimitación de la colaboración y coordinación de los registros autonómicos y el registro mercantil en lo que atañe a las sociedades laborales, la supresión de la figura de las sociedades participadas por los trabajadores previstas en el capítulo III del PLSLP, la modificación del régimen fiscal y la modificación del límite de horas/año trabajadas por personas trabajadoras que no sean socias⁵⁴. El PSLP «entra» en el Senado el 10 de agosto de 2015⁵⁵, aprobándose definitivamente en la Cámara alta tras el oportuno plazo para enmiendas —que coinciden, en lo sustancial, con las señaladas anteriormente— el 25 de agosto de 2015 (BOCG Senado 28/08/2015). Por último, el PSLP se aprueba por el Pleno del Congreso de los Diputados el 1 de octubre de 2015 (BOCG Congreso 9/10/2015).

Todo este proceso culmina, como bien es sabido, el 14 de octubre de 2015 con la aprobación de la actual **Ley 44/2015 de Sociedades Laborales y Participadas (LSLP)**. La LSLP se publica en el BOE el día 15 de octubre y entra en vigor el 15 de noviembre de acuerdo con lo previsto en su DF sexta.

Bibliografía

- ALONSO ESPINOSA, F. J. (1997). «Especialidades en el régimen de la posición jurídica del socio». En F. J. ALONSO ESPINOSA (Dir.). *Régimen Jurídico de las Sociedades Laborales. Ley 4/1997*. Valencia: Tirant lo Blanch (67-100).
- ANDREU MARTÍ, M^a del M. (2013). «Consideraciones sobre la propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Laborales». En M. F. GÓMEZ MANRESA & M. M. PARDO LÓPEZ, (Coords.). *Economía social y Derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas de Economía*. Granada: Comares, Granada, (19-47).
- (2017). «La sociedad laboral del siglo XXI. Significado y configuración». En M^a DEL M. ANDREU MARTÍ (Dir.) & I. ESCUÍN IBAÑEZ & M^a DEL C. PASTOR DEL PINO (Coords.). *El régimen jurídico de las Sociedades Laborales*. Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi (27-47).
- BATTLE SALES, G (1996). «Notas sobre la Sociedad Anónima Laboral: ventajas e inconvenientes para su adaptación a las PyMES». En AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, II. Madrid: Civitas (1521-1536).
- BARRERO RODRÍGUEZ, E. (2015). «Consideraciones sobre la reforma del régimen legal de las Sociedades Laborales». *RdS*, núm. 45, julio-diciembre 2015 (249-289).

⁵⁴ El texto íntegro de las enmiendas puede consultarse en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-156-2.PDF#page=1.

⁵⁵ Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/SEN/BOCG/2015/BOCG_D_10_578_3806.PDF.

- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO: base de datos histórica. Disponible en: <https://www.boe.es/legislacion/>
- BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. Disponible en: <http://www.congreso.es>.
- CASAS PÉREZ, J. DE LAS, *El Fondo Nacional de Protección al Trabajo*, entrevista a Sánchez Orrio, ABC, 10/06/1962. Disponible en: <https://linz.march.es/documento.asp?reg=r-63237>.
- CANO LÓPEZ, A. (2008). «Algunas reflexiones tópicas al hilo de una singular y necesaria propuesta de reforma». *CIRIEC-España Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 19, 2008, pp. 1-13 versión electrónica.
- CELAYA, A. (1989). «Sociedad Cooperativa de Trabajo y Sociedad Laboral: configuración societaria comparada». *RDM*, núm. 191, 1989 (115-122).
- CHICO CHICO, F., & MARCUELLO SERVÓS, C., & PÉREZ GINER, F., & URBINA PÉREZ, O. (1995). «Las sociedades laborales: origen y evolución. Referencia a las Sociedades Anónimas Laborales aragonesas». *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 18, julio, 1995 (169-185).
- DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO sobre el tema «Participación financiera de los trabajadores en Europa», de 21 de octubre de 2010.
- DICTAMEN 6/2015 DEL CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL de 13 de mayo de 2015 Sobre el Anteproyecto de Ley de Sociedades laborales y participadas. Disponible en: <http://www.ces.es/documents/10180/2394234/Dic062015.pdf>.
- ESTATUTOS DE SALTUV (1965), publicados en *Estudios Cooperativos*, núm. 9 (68-73).
- FAJARDO GARCÍA, I. G. & MUÑECAS, J. & SAN JOSÉ, J. (2016). *Employee Financial Participation: Spain's Sociedades Laborales*. European Parliament: Directorate General for internal policies. IP/A/EMPL/2016-01. Bruselas: Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587300/IPOL_STU\(2016\)587300_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587300/IPOL_STU(2016)587300_EN.pdf).
- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Á. (1992). «Sociedades Anónimas Laborales: aspectos societarios y problemática de adaptación a la nueva regulación en materia de sociedades». *Dereito*. Vol 1, núm. 1. (151-188),
- GARCÍA RUIZ, E. (2013). «El régimen legal de las Sociedades Laborales sometido a revisión». *RdS*, núm. 41, julio-diciembre 2013 (249-279).
- GISPERT PASTOR, M^a. T. (1983). «Aproximación a una nueva realidad económica: la Sociedad Anónima Laboral». *Revista Jurídica de Catalunya*. núm. 2 (270-330).
- GÓMEZ CALERO, J. (1998). *Las sociedades laborales*. Granada: Comares.
- LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. (1997). «La calificación “laboral” de las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada. Régimen de su adquisición y pérdida». En F. J. ALONSO ESPINOSA (Dir.). *Régimen jurídico de las Sociedades Laborales. Ley 4/1997*. Valencia: Tirant lo Blanch (17-46).
- LÓPEZ GANDÍA, J. (2006). *Las Sociedades Laborales y la aplicación del Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NEILA NEILA, J. M^a. (1998), *Sociedades Laborales. Análisis sistemático de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales*. Dykinson: Madrid.
- MALARET I GARCÍA, E. (1991). *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*. Madrid: Civitas.
- MONTOLÍO HERNÁNDEZ, J. M. (1986). *Sociedades Anónimas Laborales: análisis jurídico-económico de la Ley*. 2^a edic. Madrid: Fundescoop.

- OLAVARRÍA IGLESIA, J. (2008). «Algunos aspectos societarios de la propuesta de reforma de la ley de sociedades laborales presentada por CONFESAL». *CIRIEC-España Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 19, 2008, p. 1-5 versión electrónica.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (2005). «Las Sociedades Laborales. Las Sociedades de Garantía Recíproca». En: M. OLIVENCIA, & C. FERNÁNDEZ-NÓVOA (Drs.) & G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.). *Tratado de Derecho Mercantil*. Madrid: Marcial Pons.
- PANIAGUA ZURERA, M. (2015). «La singularidad tipológica de la sociedad laboral y su legislación adecuada (A propósito de la Proposición de ley de sociedades laborales de Confesal y de la aplicación judicial de la Ley 4/1997, de sociedades laborales». *RdS*, núm. 44 (enero-junio 2015).
- RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO, de 27 de julio de 1992, relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa. Diario Oficial n° L 245 de 26/08/1992 p. 0053-0055. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31992H0443>.
- RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, de 14 de enero de 2014, sobre la participación financiera de los trabajadores en los beneficios de las empresas (2013/2127(INI)).
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., & GOÑI SEIN, J. L., & DE LA HUCHA CELADOR, F., & PERDICES HUETOS, A. B. (2000). «Tomo XV Sociedades Laborales». En: R. URÍA & A. MENÉNDEZ & M. OLIVENCIA (Drs.). *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Madrid: Civitas.
- SANTOS MARTÍNEZ, V. (2002). «Sociedades Laborales: implantación y renovación de una peculiar figura societaria». En AA.VV., *Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*. Vol. IV. Madrid: Mc Graw Hill (4379-4466).
- VALPUESTA GASTAMIZA, E. M^a. & BARBERENA BELZUNE, I. (1998). *Las Sociedades Laborales. Aspectos Societarios, Laborales y Fiscales*. Pamplona: Aranzadi.
- VÁZQUEZ VICENTE, X. H. (1998). *Trabalho asociado en Galicia: as sociedades laborais*. Vigo: Asociación para a economía social,
- VICENT CHULIÁ, F. (2001). *Introducción al Derecho Mercantil*. 14^a edic. Valencia: Tirant lo Blanch.

La política económica dirigida hacia las sociedades laborales¹

RAFAEL CHAVES-ÁVILA

*Catedrático de Economía Aplicada
Universitat de València*

FRANCESC ABAD

Confederación Empresarial de Sociedades Laborales de España (CONFESAL)

JENS LOWITZSCH

Europa Universität Viadrina, Frankfurt (Oder, Germany)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS EMPRESAS DE TRABAJO ASOCIADO Y LAS SOCIEDADES LABORALES EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA. 1. Las sociedades laborales en cifras. III. LA POLÍTICA PÚBLICA DE FOMENTO DE LAS SOCIEDADES LABORALES EN ESPAÑA. IV. LA MEDIDA DE CAPITALIZACIÓN DE LA PERCEPCIÓN EN FORMA DE PAGO ÚNICO DE LA PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA POR DESEMPLEO Y LAS SOCIEDADES LABORALES. V. EL PROGRAMA PRESUPUESTARIO DE FOMENTO DE LA ECONOMÍA SOCIAL: EL APOYO A LAS SOCIEDADES LABORALES EN EL MARCO DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO. 1. Evaluación del impacto de la medida de fomento en 2010. VI. INNOVACIONES EN POLÍTICAS DE ECONOMÍA SOCIAL REALIZADAS DESDE GOBIERNOS REGIONALES. VII. LA VISIÓN DE LOS RESPONSABLES EN MATERIA DE FOMENTO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS GOBIERNOS AUTONÓMICOS. VIII. LAS PROPUESTAS POLÍTICAS DE FOMENTO DE CONFESAL, PLATAFORMA REPRESENTATIVA DE LAS SOCIEDADES LABORALES DE ESPAÑA. IX. LA PARTICIPACIÓN FINANCIERA DE LOS TRABAJADORES Y LAS SOCIEDADES LABORALES DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA. 1. El análisis del concepto de sociedad laboral en relación con la política de la UE. 1.1. Extrapolación del modelo. 1.2. Compatibilidad de incentivos para la creación de empresas nacionales con el programa de sociedades laborales. 1.3. Integración del modelo de sociedades laborales en el programa de microfinanzas. Bibliografía. Fuentes de información estadística.

¹ Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Economía Social, Auto-gestión y Empleo (DER2016-78732-R) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

I. INTRODUCCIÓN

En el reciente informe europeo sobre *Participación financiera de los trabajadores: las sociedades laborales en España* se indicaba que «a pesar del mandato constitucional que impele a los poderes públicos a facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, las sociedades laborales nunca han recibido un trato especialmente favorable, como sí lo han recibido las cooperativas» (EU, 2016:24)². Estudios recientes, como el de Chaves y Savall (2013) han puesto también de relieve la insuficiencia de las políticas de fomento de las empresas cooperativas y las sociedades laborales durante la última crisis en España. Y ello a pesar, por un lado, de la evidencia científica y empírica que ha revelado sistemáticamente el carácter contracíclico de esta fórmula empresarial y su funcionalidad para la creación y mantenimiento de empleos así como para crear y reflotar tejido empresarial, y por otro, de las abundantes recomendaciones de carácter institucional que se han realizado desde instancias europeas, especialmente durante los últimos años, en relación al fomento de la participación financiera y en la propiedad de las empresas por parte de sus trabajadores y en relación al fomento de las empresas sociales y la economía social, no sólo con declaraciones e informes técnicos sino con resoluciones institucionales. En el presente documento se presenta una síntesis de la (escasa) promoción de la fórmula de la sociedad laboral existente en la actualidad, así como las principales propuestas que se plantean desde la entidad representativa de estas empresas de economía social, CONFESAL, para su fomento. Asimismo, se presenta una panorámica de la participación financiera de los trabajadores en Europa así como las posibilidades de extrapolación del modelo de la sociedad laboral en España.

II. LAS EMPRESAS DE TRABAJO ASOCIADO Y LAS SOCIEDADES LABORALES EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA

El reciente informe de CIRIEC para el Comité Económico y Social Europeo (Monzón y Chaves, 2017), el 3º elaborado para esta institución europea, revelaba que la Economía Social europea ha resistido bien la crisis

² European Parliament/ Fajardo, G. et al (2016): Employee Financial Participation: Spain's Sociedades Laborales, IPOL_STU(2016)587300_EN European Parliament, Available: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587300/IPOL_STU\(2016\)587300_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587300/IPOL_STU(2016)587300_EN.pdf).

económica y continúa constituyendo una realidad social y económica potente. En el año 2015 daba empleo a más de 13,6 millones de personas, representando el 6,3% de la población ocupada en los 28 países de la Unión. Esta realidad económica está integrada por más de 2,8 millones de empresas y entidades.

Dentro de la Economía Social europea se hallan las empresas de trabajo asociado, empresas propiedad de sus trabajadores. La forma jurídica que adoptan estas empresas autogestionadas es principalmente la de la cooperativa de trabajo asociado, pero en España adopta también la forma de sociedad laboral. Las empresas de trabajo asociado se encuentran especialmente implantadas en algunos países, entre ellos, en Italia, España, Suecia, Francia y Alemania, donde gozan de larga tradición (ver Tabla 1).

Tabla 1. Cooperativas de trabajo y Sociedades laborales en varios países de la UE, 2015

País	Cooperativas	Empleos
España (sociedades laborales)	10.213	75.317
España (coop. de trabajo)	16.205	200.730
Alemania*	97	35000
Bulgaria.	212	7.800
Francia.	2.274	51.500
Italia (coop. industriales)*	5137	75407
Italia (coop. de servicios)*	33217	775905
Polonia.	800	40.000
Reino Unido.	411	2.056
República Checa.	201	13.631
Rumania.	885	17.850
Suecia.	1864	15.529

Fuente: Elaborado a partir de Monzón y Chaves (2017, 2012*)

1. Las sociedades laborales en cifras

A 31 de diciembre de 2016 existían en España un total de 9.787 sociedades laborales (abreviado SLab), de las cuales 1046 eran sociedades anónimas laborales y 8741 eran limitadas laborales. Daban conjuntamente empleo a 63935 trabajadores, de los cuales 15251 en anónimas laborales y 48684 en limitadas laborales. Su distribución sectorial es la siguiente: 851

en el sector agrario, 16.987 en el sector industrial, 7.350 en la construcción y 38.747 en el sector servicios (fuente: Ministerio de Empleo, Gobierno de España). Han dejado atrás su histórico marcado carácter industrial y de la construcción para ser en la actualidad en su mayoría empresas trabajando en el sector servicios.

Tabla 2. Evolución del empleo en las sociedades laborales en España por sectores de actividad económica

Empleo	31.12.2007	31.12.2013	31.12.2016
TOTAL en Sociedades Laborales.	124.784	63.472	63.935
• SLab anónimas.	34.701	15.745	15.251
• SLab limitadas.	90.083	47.727	48.684
Agricultura.	1838	1199	851
Industria.	30603	16179	16987
Construcción.	33367	7293	7350
Servicios.	58976	38801	38747

Fuente: Elaboración propia en base a Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Se constata que la crisis económica ha afectado duramente a las sociedades laborales. Un segmento importante de éstas se hallaba especializado en el sector de la construcción y ha acusado en mayor medida la «crisis del ladrillo». Sin embargo, en 2013 tocó fondo y el número de sociedades laborales, así como de sus trabajadores, se ha estabilizado. No obstante, se mantiene la caída en la creación de sociedades laborales iniciada años antes de la crisis. Como revela la Tabla 3, se crean anualmente casi diez veces menos sociedades laborales que hace diez años, con análoga reducción en el número inicial de socios trabajadores. La carencia de medidas de incentivo, e incluso la aparición de otras medidas de desventaja relativa con respecto a otras formas de emprendimiento, puede haber conducido a situación, como ya se constató en el estudio de Monzón (2010). Es importante señalar, también, que las sociedades laborales presentan una peculiaridad en el sentido de que pueden transformarse sin necesidad de desaparecer, es decir, pueden perder su calificación de laboral sin que ello signifique su desaparición como empresas, aunque sí dejan de ser registradas como sociedades laborales.

Tabla 3. Sociedades laborales constituidas en España y Socios trabajadores iniciales, varios años

Año	Sociedades laborales	Socios trabajadores
2005	3466	8982
2006	2526	6488
2007	2341	5.987
2008	1514	4.164
2009	1225	3.526
2010	1252	3.382
2011	1145	3.293
2012	1006	3.101
2013	892	2.747
2014	770	2.246
2015	515	1.509
2016	417	1.159

Fuente: Elaboración propia en base a Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

III. LA POLÍTICA PÚBLICA DE FOMENTO DE LAS SOCIEDADES LABORALES EN ESPAÑA

El Art. 129.2 de la Constitución Española impele a los poderes públicos a fomentar las cooperativas y el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. Este contenido se reproduce de forma análoga en diversos Estatutos de autonomía de las Comunidades Autónomas de España, como el de la Comunidad Valenciana, el cual establece en su Art. 80.4. «La Generalitat promoverá las formas de participación de los trabajadores en la propiedad de los medios de producción y fomentará la participación en las empresas y la creación de sociedades cooperativas y otras figuras de *economía social*». Las empresas de economía social entre las que se encuentran las sociedades laborales, constituyen las formas más genuinas de acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. Por otra parte, nuestra Carta Magna establece una segunda fundamentación jurídica que justifica medidas de fomento a las empresas de trabajo asociado. Esta fundamentación radica en la forma de organización del Estado social y de la acción del Estado, estableciendo que el Estado Español tiene un imperativo de lograr la igualdad social, de pro-

mover la participación económica y social y de garantizar derechos sociales fundamentales directa, o indirectamente fomentando aquella parte de la realidad privada más funcional con estos objetivos sistémicos (Art. 1.1 y 9.2 de la Constitución Española)³ (véase Calvo, 2014; Monzón, 2011).

Más recientemente, desde las instancias comunitarias europeas se han desarrollado diversos estudios, recomendaciones y resoluciones en favor del fomento del acceso a la participación financiera de los trabajadores en las empresas (EU, 2014, 2016).

En el estudio de Chaves y Chaves y Savall (2016) se realizó un análisis de las políticas dirigidas a las empresas de trabajo asociado en base a la metodología de análisis de políticas, que las categoriza en dos grupos, las políticas «soft» o de entorno y las políticas «hard» o de mejora de la competitividad empresarial. En dichos estudios se constató lo siguiente: En el ámbito de las políticas de entorno, las empresas de trabajo asociado cuentan con un entorno generalmente aceptable para su eclosión y desarrollo, especialmente para las cooperativas de trabajo asociado. Disponen de una regulación específica que les reconoce sus señas de identidad, aunque existan elementos que pueden y se están mejorando; se encuentran representadas en diversos órganos de diálogo social institucionalizado tanto a nivel estatal como regional; disponen de algunos instrumentos de apoyo a la visibilidad, formación e investigación en este sector; cuentan con una serie de importantes prescriptores tanto públicos como privados así como una red de estructuras federativas y confederativas que les prestan apoyo, red característica de un sector socioeconómico maduro e institucionalizado en la economía española. Las políticas de demanda, a pesar de sus posibilidades, son inexistentes.

Desde el inicio de la crisis, diferentes gobiernos nacionales y regionales de Europa, así como las propias instituciones europeas, han implementado diversas políticas de nuevo cuño dirigidas a la economía social y a las empresas sociales en general (ver Monzón y Chaves, 2017 y Chaves y Monzón,

³ Art. 1.1. CE 1978: «España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Art. 9.2. CE 1978: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

2017)⁴. La creatividad y el enfoque de estas nuevas políticas contrastan con la política dirigida a las sociedades laborales en España. En efecto, esta última continúa manteniendo, en sus ejes principales, los mismos instrumentos que existían, con escasas variaciones, a mediados de la década de los años ochenta, hace más de treinta años. En aquella época, esos instrumentos fueron innovaciones políticas en respuesta a una realidad emergente, la de las sociedades anónimas laborales. El profundo cambio social y económico acaecido en el país durante el tiempo transcurrido desde la implantación de aquellas medidas y el estancamiento en la creación de nuevas sociedades laborales evidencian el agotamiento de aquellas medidas. También lo revela la propia opinión de los *policy makers* (responsables de los gobiernos autonómicos en materia de fomento de empleo y de la economía social, Encuesta CIRIEC-2010). Mientras no emerja una nueva política de economía social de largo alcance, con un nuevo enfoque, acorde con los nuevos tiempos, difícilmente cambiará el panorama de creación de nuevas sociedades laborales y de desarrollo del sector en su conjunto.

No obstante lo anterior, a lo largo del presente decenio se han aprobado tres importantes normas que han cambiado el entorno jurídico-institucional de las sociedades laborales: la Ley 5/2011 de 29 de marzo, de Economía Social, la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social y finalmente la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas.

De la primera norma es de destacar, en primer lugar, el reconocimiento legislativo/institucional de la sociedad laboral como parte integrante de la economía social en España, su representatividad en el ámbito del diálogo social y finalmente el ser objeto de políticas de fomento especial por imperativo legal. Respecto de este último punto, nos remitimos a Chaves y Savall (2013) en el que se ponía de relieve la falta de implementación de las políticas de fomento y en particular, del plan de acción para el desarrollo de la economía social. Ese fomento se realizó a finales de 2015 con dos medidas, la aprobación de la nueva Ley de Sociedades Laborales, una reivindicación histórica del sector y la aprobación de la Ley 31/2015, que incluía una serie de modificaciones en las medidas existentes de fomento y promoción de la

⁴ Chaves, R. y Monzón, J. L. (2017): *Best public policies towards the social economy in Europe after the crisis*, European Economic and Social Committee, Bruxelles.

Economía Social, en absoluto encuadrables en el nuevo enfoque de las políticas de economía social que se está abriendo en Europa en esta década.

Los dos principales instrumentos de fomento y promoción de las sociedades laborales se van a mantener, con escasas modificaciones en su diseño general. Son los siguientes: por un lado, la posibilidad de los trabajadores en situación de desempleo de percibir en forma de pago único su prestación contributiva por desempleo en el supuesto de que pongan en marcha o se integren como socios trabajadores en CTA o en SLab, y por otro lado, el programa presupuestario «desarrollo de la economía social», siendo la base de la arquitectura de este último, la Orden TAS/3501/2005. Se analizan a continuación las medidas existentes y las líneas de acción del futuro inmediato.

IV. LA MEDIDA DE CAPITALIZACIÓN DE LA PERCEPCIÓN EN FORMA DE PAGO ÚNICO DE LA PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA POR DESEMPLEO Y LAS SOCIEDADES LABORALES

Siguiendo a Chaves (2016), el RD 1044/1985 del Gobierno de España instauró una innovadora política activa de empleo que relacionaba una política laboral de carácter pasivo con una de carácter activo. Se trataba de la posibilidad de que trabajadores desempleados que se incorporen como socios de cooperativas de trabajo o de sociedades laborales o como trabajadores autónomos puedan percibir en forma de pago único la prestación contributiva por desempleo. Entre 1992 y 2005 esta medida los trabajadores que se establecían como trabajadores autónomos fueron excluidos como beneficiarios de esta medida, por lo que, indirectamente, constituyó un incentivo para formas cooperativas y sociedades laborales. Entre 1991 y 2013 se beneficiaron de esta medida 214.554 trabajadores, socios de CTA y SLab. En la actualidad menos de 7000 trabajadores, entre cooperativas de trabajo y sociedades laborales, se benefician anualmente de la medida. En 2016 se beneficiaron 1.159 trabajadores que crearon, a su vez, sus sociedades laborales de nueva creación. Pero se beneficiaron en total 2.387 personas que se incorporaron como socios trabajadores de las sociedades laborales. Ello significa que la mitad se incorporaron como socios en sociedades laborales ya existentes, demostrando su dinamismo y capacidad de crecimiento empresarial y laboral (ver Tabla 4).

Tabla 4. Eficacia de la medida «abono en capitalización en pago único de la prestación contributiva por desempleo» (CAPD)

Año	Trabajadores beneficiarios de la CAPD				Nº de socios trabajadores totales de las nuevas CTA y SLab constituidas	
	Autónomos	Socios de CTA	Socios Trab. de SLab	Total	Socios Trab de CTA	Socios Trab de SLab
2007	143.573	3.598	7.302	154.473	2.891	5.987
2008	153.932	3.838	6.426	164.196	2.463	4.164
2009	150.005	3.612	5.335	158.952	2.637	3.526
2010	145.666	3.262	4.940	153.868	2.673	3.382
2011	139.743	3.302	4.422	147.467	2.309	3.293
2012	138.155	3.453	4.327	145.935	8.436	3.101
2013	143.482	3.679	4.009	151.170	3.632	2.747
2014	147.140	3.427	3.630	154.197	3.323	2.246
2015	136.030	3.099	3.101	142.230	3.429	1.509
2016	112.038	3.010	2.387	117.435	3.276	1.159

Fuente: Elaboración propia en base a Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

V. EL PROGRAMA PRESUPUESTARIO DE FOMENTO DE LA ECONOMÍA SOCIAL: EL APOYO A LAS SOCIEDADES LABORALES EN EL MARCO DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

La política activa de empleo del Ministerio de Empleo contempla cuatro ámbitos de actuación: el primero, el apoyo a cooperativas y sociedades laborales, segundo, el apoyo al desarrollo local y a las iniciativas locales de empleo, tercero, el apoyo al trabajo autónomo, y cuarto, el apoyo al trabajo de las personas con discapacidad, sobre todo en el marco de los CEE — Centros Especiales de Empleo. La tabla 5 refleja las grandes líneas de actuación en apoyo al empleo en cooperativas y sociedades laborales, así como al empleo autónomo, a efectos de comparación, y para los años 2008, punto de inicio de la crisis, y los últimos tres ejercicios con información oficial disponible. Es importante destacar que, junto a estas líneas maestras articuladas desde el Gobierno Central, los gobiernos autonómicos tienen capacidad de ampliar estas políticas con cargo a sus propios presupuestos regionales.

Como se aprecia en la Tabla 5, tras una fuerte reducción presupuestaria en las líneas más vinculadas a las empresas y sus trabajadores, acaecida en el periodo 2008-2013, en plena crisis social y laboral en España, se produce una estabilización en las partidas presupuestarias. Las cuantías dirigidas al empleo autónomo han sido superiores a las dirigidas a cooperativas y sociedades laborales.

Tabla 5. Presupuesto ejecutado en las políticas activas de empleo que se refieren, ámbito estatal, €

	2008	2014	2015	2016
Apoyo al empleo en Cooperativas y Sociedades Laborales	13.051.914	7.940.466	7.688.711	8.004.447
Bonificaciones de intereses de préstamos	264.546	8.439	58.148	20.334
Subvenciones por asistencia técnica	922.530	64.933	335.316	109.435
Subvenciones directas por inversión	4.162.405	1.048.761	1.052.599	1.100.985
Subvenciones por incorporación de socios trabajadores	7.702.433	6.818.333	6.242.649	6.773.694
Promoción del empleo autónomo	95.172.725	17.657.604	10.287.943	16.820.333
Subvenciones financieras	9.843.298	48.869	119.307	51.735
Subvenciones por establecimiento	83.703.149	16.812.472	9.538.974	16.648.189
Ayudas de asistencia técnica	1.570.482	7.349	606.726	117.819
Subvenciones para formación	55.796	713	22.937	2.590

Fuente: Elaboración propia en base a Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Las acciones subvencionables con cargo a las partidas presupuestarias dirigidas al «Apoyo a cooperativas y sociedades laborales» se hallan reguladas en la actualidad por la ORDEN TAS/3501/2005, de 7 de noviembre. Ésta establece las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para el fomento del empleo y mejora de la competitividad en las cooperativas y sociedades laborales. La Tabla 6 sintetiza los grupos de medidas y los conceptos subvencionables.

Tabla 6. Medidas de fomento del empleo y de la competitividad de cooperativas y sociedades laborales del Ministerio de Trabajo e Inmigración

<i>Líneas de ayudas</i>	<i>Conceptos subvencionables</i>
1. Ayudas y subvenciones para el fomento del empleo en CTA y Slab	Subvención por incorporación de desempleados como socios trabajadores
2. Prestaciones de asistencia técnica	1. Estudios de viabilidad, auditoria y asesoramiento 2. Contratación de directivos y gerentes
3. Realización de inversiones que contribuyan a la creación, consolidación o mejora de la competitividad de cooperativas y sociedades laborales	1. Ayudas directas para financiar inversiones 2. Bonificación de los tipos de interés de préstamos
4. Formación, difusión y fomento	Formación, difusión y fomento de la Economía Social vinculadas directamente a la promoción del empleo
5. Apoyo a las asociaciones de ámbito estatal	Subvenciones a las estructuras representativas de la economía social

Fuente: Orden TAS/3501/2005, de 7 de noviembre.

A continuación, se desagregan los conceptos subvencionables de dos de estas líneas de ayuda, por considerarse especialmente relevantes a efectos de evaluación y para contextualizar las propuestas de modificación que se plantean desde el sector y en concreto, por parte de su Plataforma representativa, CONFESAL.

Tabla 7. Desagregación de las líneas de fomento del empleo y de la competitividad de cooperativas y sociedades laborales del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Orden TAS/3501/2005

Subvenciones para la Incorporación de socios a cooperativas o sociedades laborales	a) Desempleados menores de 25 años que no hayan tenido antes un 1º empleo fijo
	b) Desempleados mayores de 45 años
	c) Desempleados de larga duración que hayan estado sin trabajo e inscritos en la oficina de empleo durante al menos 12 de los anteriores 16 meses o durante 6 M de los anteriores 8 M si fueran «25 A»
	d) Desempleados a quienes se haya reconocido el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, para su incorporación como socios de cooperativas o sociedades laborales

Subvenciones para la Incorporación de socios a cooperativas o sociedades laborales (cont.)	e) Mujeres desempleadas que se incorporen en los 24 meses siguientes a la fecha del parto, adopción o acogimiento
	f) Desempleados minusválidos, con un grado discapacidad igual o superior al 33%
	g) Desempleados en situación de exclusión social pertenecientes a alguno de los colectivos contemplados en el Programa de Fomento de Empleo vigente
	h) Trabajadores vinculados a la empresa por contrato de trabajo temporal «24 M», con una vigencia mínima de 6 meses a la fecha de solicitud de la subvención
Subvenciones para Asistencia Técnica	Subvenciones para Contratación de directores y gerentes
	Subvenciones Estudios de viabilidad, organización, comercialización,...
	Subvenciones Realización informes eco y auditorias
	Subvenciones Asesoramiento gestión empresarial

Fuente: Chaves, R. y Serra, I. (2011).

1. Evaluación del impacto de la medida de fomento en 2010

En plena crisis, durante el año 2011 se realizó una evaluación de esta política presupuestaria correspondiente a la ejecución del ejercicio 2010 con la finalidad de conocer las principales magnitudes de los que implicaba en términos económicos y de beneficiarios (Chaves y Serra, 2011). El análisis evaluativo se realizó en base a trabajo de campo con cuestionarios *ad hoc* dirigidos a los responsables de las administraciones públicas Central y Autonómicas. El cuestionario contemplaba las políticas implementadas por los gobiernos en sus ámbitos competenciales, los instrumentos e indicadores de evaluación utilizados, así como la valoración cualitativa de las políticas puestas en marcha. La recogida de datos se realizó entre julio y septiembre de 2011. En el estudio se constató que el presupuesto total ejecutado en el ejercicio 2010 para las medidas reguladas por la Orden señalada ascendía a 49,2 millones de €, beneficiando a 3.004 empresas del sector y a 10.559 personas, 2080 ligadas a fomento directo de empleo y 8.479 en acciones formativas.

Es decir, la medida Orden TAS/3501/2005 y su operativización mediante los gobiernos regionales generó o consolidó proporcionó empleo en el año 2010 a 2.080 personas, 1.914 por incorporación de trabajadores como socios de cooperativas y sociedades laborales y 166 por contratación de personal cualificado. En términos relativos, es importante señalar que ape-

nas representó el 0,55% del total de personas empleadas en la Economía Social española en el año 2010 (un total de 379.721 trabajadores). Por otra parte, un total de 1224 empresas fueron beneficiarias de las ayudas por incorporación de socios trabajadores, el 51% Sociedades Laborales y el 49% empresas cooperativas. Relacionando estas empresas con el total de cooperativas y sociedades laborales (37.169) no da La tasa de cobertura (empresas beneficiarias en relación al total de cooperativas y sociedades laborales en 2010, 37.169) de esta medida de política pública fue del 3,29% (Chaves y Serra, 2011). Un total de 899 empresas cooperativas y sociedades laborales fueron beneficiarias de las ayudas a la inversión (en forma de bonificación de los intereses o de inversiones). Esto representa una tasa de cobertura de un 2,37%. El 57% de las empresas beneficiarias de estas ayudas eran Sociedades Laborales y el 43% empresas cooperativas. El 91,3% de las empresas beneficiarias tenían menos de 25 trabajadores. La cantidad media que han percibido estas empresas beneficiarias ha ascendido a 17.630 € (Chaves y Savall, 2015).

La tasa de cobertura no ha variado significativamente con el tiempo. En efecto, si se le compara con el periodo inmediatamente anterior a la crisis (2004-2007), en ese periodo eran entre 2.085 y 3.162 los trabajadores beneficiarios de las Ayudas por Incorporación de socios en cooperativas y sociedades laborales, cuantía similar a los 1.914 del año 2010 (en plena crisis) Fueron beneficiarias entre 257 y 403 empresas de Ayudas por Inversiones directas en cooperativas y sociedades laborales y finalmente entre 14 y 31 empresas por Ayudas por Asistencia técnica en cooperativas y sociedades laborales (fuente: DG de fomento de la ES, TA y RSE, varios años).

En síntesis, puede concluirse que el impacto de estas medidas de política de fomento de cooperativas y sociedades laborales es reducido, afectando a una mínima parte del empleo y de las empresas de trabajo asociado.

VI. INNOVACIONES EN POLÍTICAS DE ECONOMÍA SOCIAL REALIZADAS DESDE GOBIERNOS REGIONALES

En el estudio de Chaves y Serra (2011) se constató que los gobiernos autonómicos habían identificado limitaciones en la política estatal de fomento de la economía social basada en la Orden TAS/3501/2005. Muchos de los gobiernos regionales habían incorporado modificaciones en la regulación fundamentalmente ampliando las cuantías para los con-

ceptos subvencionables y ampliando los colectivos beneficiarios. Es ésta la línea que está adoptando actualmente CONFESAL como entidad representativa nacional de las sociedades laborales. Pero también han ido innovando con nuevas líneas de actuación que son objeto de la tabla siguiente. Mención aparte presentan los programas de largo alcance desarrollados desde principios de la década de los noventa en Andalucía, los Pactos por la economía social, entre la Junta de Andalucía, los sindicatos mayoritarios y las entidades representativas de la economía social andaluza, y en Murcia.

Tabla 8. Innovaciones en políticas de economía social realizadas desde gobiernos autonómicos, 2010-11

Aragón	Ayudas para la incorporación de trabajadores desempleados procedentes de sectores en crisis	Ayudas de 7.500 euros por la incorporación a una cooperativa o sociedad laboral de cada trabajador/a procedente de sectores en crisis, de despidos colectivos o por causas objetivas, técnicas, organizativas o de producción
Cataluña	Subvenciones a los proyectos empresariales de cooperativas y sociedades laborales de nueva creación	Apoyar los proyectos empresariales de economía cooperativa de nueva creación (0-2 años), incluidos los proyectos de transformación de entidades con otras formas jurídicas ya existentes en cooperativas o sociedades laborales. Los proyectos empresariales pueden contener gastos de constitución, asistencia técnica, contratación de personal directivo e inversiones en activos fijos. En los proyectos presentados los gastos subvencionables de constitución, asistencia técnica y contratación de personal directivo tienen que suponer como mínimo el 60% del coste total del proyecto empresarial de nueva creación
	Subvenciones a los proyectos empresariales de economía cooperativa de crecimiento e intercooperación	Apoyar los proyectos empresariales de economía cooperativa de crecimiento y intercooperación. Los proyectos empresariales pueden contener gastos de asistencia técnica, contratación de personal directivo, gastos de actividades de intercooperación y inversiones en activos fijos. En los proyectos presentados los gastos subvencionables de asistencia técnica, contratación de personal directivo y actividades de intercooperación tienen que suponer como mínimo el 60% del coste total del proyecto empresarial de crecimiento y intercooperación

Murcia	Reestructuración financiera	Refinanciación de préstamos y pólizas de crédito que las Entidades de Crédito hayan concedido a la empresa en años anteriores, y cuando los nuevos préstamos supongan una ampliación del plazo o una reducción de los costos, debiendo ser significativo su impacto sobre la estructura financiera y la rentabilidad de la empresa La subvención puede ser de hasta 4 puntos de interés del préstamo y como máximo 80.000 euros por empresa u organización empresarial
	Centros de asesoramiento en economía social	Se subvenciona el coste total o parcial de los gastos de personal y de funcionamiento de los centros de asesoramiento, destinados a la promoción e impulso de iniciativas que generen empleo y riqueza en el territorio de los municipios de la Región de Murcia, y presten asesoramiento a las Sociedades Cooperativas y a las Sociedades Laborales. Además estos centros prestarán servicios que fomenten directamente la colocación en el mercado laboral de los desempleados mediante su incorporación a empresas de Economía Social
Navarra	Ayudas a la sucesión empresarial en empresas de economía social	En caso de salida de socios de estas empresas, favorecer que nuevas personas, bien sean trabajadores eventuales o fijos de esas empresas o que procedan de otras, adquieran las acciones o participaciones de los que se van o adquieran la condición de socios cooperativistas y se conviertan en socios trabajadores, garantizando así la continuidad a futuro de la empresa
País Vasco	Ayudas para la intercooperación empresarial en la economía social	Ayudas para la intercooperación empresarial en la economía social
	Ayudas para la participación de personas trabajadoras en empresas de economía social	Ayudas para la participación de personas trabajadoras en empresas de economía social

Fuente: Chaves y Serra (2011).

VII. LA VISIÓN DE LOS RESPONSABLES EN MATERIA DE FOMENTO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS GOBIERNOS AUTONÓMICOS

También en el contexto de evaluación de las medidas de fomento de la economía social del estudio de Chaves y Serra (2011) se valoró la opinión de los responsables autonómicos en materia de economía social en cuanto a eventuales medidas susceptibles de ser desarrolladas en el futuro para desarrollar el sector. Los resultados aparecen en la Tabla 9. Revelan, en primer lugar, que las mejoras en el dispositivo de la capitalización en pago único de la prestación por desempleo presentan escasas expectativas de rendimiento futuro. Por el contrario, pone de relieve el interés en instrumentos financieros, como mayor apoyo financiero a cooperativas con proyectos de futuro y bonificaciones en la seguridad social. También presenta interés el establecimiento de cláusulas sociales en las contrataciones de las administraciones públicas. Lo significativo es que consideraban que las medidas debían dirigirse a los objetivos y viabilidad del proyecto empresarial y no atender al tipo de desempleado.

Tabla 9. Valoración por los responsables autonómicos en materia de cooperativas y sociedades laborales de diversas medidas de fomento de las empresas de trabajo asociado (media aritmética, 1 muy poco efectiva, 5 muy efectiva)

Medidas de fomento	Eficacia en la creación de CTA	Eficacia en la creación de SLab
Aumentando el límite de exención fiscal actual del pago único de la prestación por desempleo por encima de los 12.000€	2,5	2,66
Ampliación hasta cinco años el plazo de permanencia como trabajadores por cuenta ajena en una cooperativa o una sociedad laboral para generar el derecho a la capitalización del desempleo.	1,92	1,90
Mejorar el tratamiento tributario de la compensación de cuotas de Seg. Social en el caso de acceder al pago único de la prestación.	2,75	2,75
Ofreciendo la oportunidad de que el solicitante del pago único de la prestación pueda optar como tipo de descuento entre el interés legal del dinero y el euribor imperante en el momento de solicitud.	1,92	1,92

Medidas de fomento	Eficacia en la creación de CTA	Eficacia en la creación de SLab
Flexibilizando el requisito para solicitar el pago único de la prestación por desempleo consistente en que no se haya utilizado esa medida en los cuatro años anteriores.	2,36	2,63
Establecer una ayuda económica a las entidades prescriptoras (asesorías, federaciones, sindicatos, etc.) por nº de coop. y soc. laborales acompañadas en su constitución y 1º año de vida activa.	2,50	2,66
Modificando la limitación legal con relación al número de trabajadores fijos no socios en la sociedad laboral.	3	3
Establecer bonificación temporal en las cotizaciones de seguridad social en las empresas de nueva creación.	3,25	3,66
Ayudas financieras a cooperativas y sociedades laborales que presenten proyectos a largo plazo para salir de la crisis.	4	4,1
Dar preferencia, puntos adicionales o introducir cláusulas sociales en las licitaciones públicas a favor de cooperativas y s. laborales.	3,75	3,75

Fuente: Cuestionario CIRIEC-Directores Generales - 2009 (Monzón, 2010).

VIII. LAS PROPUESTAS POLÍTICAS DE FOMENTO DE CONFESAL, PLATAFORMA REPRESENTATIVA DE LAS SOCIEDADES LABORALES DE ESPAÑA

A primeros de septiembre, CONFESAL está planteando al Gobierno de España unas modificaciones en las medidas existentes. En resumen, son las siguientes⁵:

1. Modificación de la Ley 5/2011 de 29 de marzo, de Economía Social, y su actual redacción introducida por el número dos del artículo tercero de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, en relación a las cotizaciones a la seguridad de determinados trabajadores de las sociedades laborales. Se plantea la no discrimina-

⁵ Fuente: Documentos propositivos de CONFESAL, 1 septiembre 2017.

ción que tiene el emprendimiento colectivo en relación al individual y se solicita que la Seguridad Social, facilite el mismo.

2. Desarrollo del Capítulo II de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, relativo a los beneficios fiscales de las sociedades laborales, donde se plantea una reducción del tipo de gravamen en el Impuesto sobre sociedades al 20% para el caso en que la sociedad laboral dote conforme a una nueva regulación a la Reserva Especial. También se incluyen algunas otras modificaciones como la deducción en la cuota del IRPF, por las inversiones realizadas en el capital de la sociedad y cuenta ahorro-empresa, y el tratamiento de las transacciones de acciones o participaciones sociales en los impuestos sobre sociedades, IRPF y en el de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.
3. Se propone la modificación de la regulación de la Orden TAS/3501/2005 que afecta a las clásicas ayudas presupuestarias de carácter estatal.

En el primer grupo, 1) Incorporación de desempleados como socios trabajadores, la principal propuesta de modificación es la relativa a las edades de los beneficiarios, proponiendo considerar, por un lado, los Menores de 30 años que no han tenido antes un primer empleo fijo, y por otro, genéricamente, los Desempleados mayores de 30 años. En este primer grupo se plantea básicamente ampliar el colectivo de beneficiarios y aumentar la cuantía de las ayudas.

En el segundo grupo, 2) Inversión en inmovilizado material o intangible necesaria para su puesta en funcionamiento o ampliación, la propuesta es ampliar la cuantía unitaria de la subvención de 18.000€ a 25.000€ e incrementar del 50 al 60% la cuantía de la subvención en el caso de sociedades laborales de reducida dimensión (con hasta 10 trabajadores).

En el tercer grupo de ayudas, 3) Asistencia Técnica: Prestación de servicios de asistencia técnica, la propuesta es análoga a la del grupo 2), ampliar la cuantía unitaria de la subvención de 20.000€ a 25.000€ e incrementar del 50 al 60% la cuantía de la subvención en el caso de sociedades laborales de reducida dimensión (con hasta 10 trabajadores).

Se plantean, además, nuevas líneas de ayuda:

- 1) Para cubrir gastos de Constitución de nuevas cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales;

- 2) Para gastos de Relevó generacional: Transformación en una cooperativa de trabajo asociado o sociedad laboral, para cubrir diversos gastos, como asistencia técnica y de adquisición de las acciones o participaciones de la empresa, por parte de los trabajadores;
- 3) Para gastos de Relevó generacional en el seno de las empresas de economía social, para cubrir gastos de adquisición de las acciones o participaciones de la empresa, por parte de los trabajadores.

4. Finalmente, en relación a beneficios de la Seguridad Social, se plantea que los socios trabajadores de las sociedades laborales, cuando el número de socios no sea superior a veinticinco, o siendo superior no sean retribuidos por el desempeño del cargo, aun cuando formen parte del órgano de administración social, tengan o no competencias directivas, disfrutarán de todos los beneficios de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena que corresponda en función de sus actividades, así como la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial.

IX. LA PARTICIPACIÓN FINANCIERA DE LOS TRABAJADORES Y LAS SOCIEDADES LABORALES DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA

El informe PEPPER IV (Lowitzsch et al, 2009) presenta pruebas concluyentes, independientemente de la fuente de datos, de la difusión creciente de la participación financiera de las personas trabajadoras en Europa en la última década. Esto ocurre tanto con la participación en los beneficios como con el accionariado de las personas trabajadoras, aunque la participación en los beneficios esté más extendida.

Las más recientes encuestas internacionales (Encuesta europea sobre las condiciones de trabajo [EWCS] de 2010, CRANET 2010, Encuesta europea de empresas [ECS] de 2013) revelan que, en los últimos 15 años, a pesar del período de crisis económica y financiera, las personas trabajadoras siguen ampliando su participación en planes ESO en Europa. Según los datos de la ECS, entre 2009 y 2013 el porcentaje de empresas que ofrecían sistemas ESO aumentó del 4,7 % al 5,2 % (un aumento del 10 %) ofreciendo sistemas PS del 14,3 % al 30,2 % (la incidencia se ha más que duplicado). Asimismo, está aumentando el porcentaje de personas trabajadoras que también participan en estos sistemas: la Encuesta europea sobre las condiciones de trabajo (EWCS) indica que el porcentaje de personas trabajadoras que adoptaron sistemas de participación en los beneficios aumentó

del 6,4 % en 2000 al 9,1 % en 2005 y, posteriormente, al 13,5 % en 2010. En el mismo periodo, el porcentaje de personas trabajadoras que participó en sistemas de participación en la propiedad de la empresa aumentó, por término medio, del 1,4 % en 1999/2000 al 2,3 % en 2005 y al 3,3 % en 2010. Por otra parte, a pesar de esta tendencia positiva, se constata que son pocos los países donde se ha extendido la participación financiera a una parte significativa de la población trabajadora.

El Parlamento Europeo encargó un estudio sobre la PFT (participación financiera de los trabajadores) que se presentó en octubre de 2012 (Dirección General de Políticas Interiores, Departamento Temático A: Política Económica y Científica), publicó un informe por iniciativa propia sobre la cuestión y el 14 de enero de 2014 votó una Resolución (T7-0013/2014) instando a la Comisión a evaluar las posibles iniciativas políticas para reducir los obstáculos a los sistemas transfronterizos de PFT, así como a facilitar información y concienciar sobre la PFT. Para alcanzar los objetivos postulados por el PE, se lanzó el Proyecto Piloto 2013/2014 de la CE (MARKT 13/0 19/F); el 30 de octubre de 2014, en una carta al PE (ECON), el vicepresidente Barnier hizo hincapié en su importancia para elaborar políticas. Los resultados del Proyecto Piloto fueron presentados al PE en un taller de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales celebrado el 11 de noviembre de 2014 y el PE planteó una pregunta oral a la Comisión sobre la PFT el 10 de febrero de 2015⁶.

1. El análisis del concepto de sociedad laboral en relación con la política de la UE⁷

Con respecto a la cuestión de en qué medida podría emplearse el modelo de sociedades laborales como un modelo de buenas prácticas en los

⁶ El informe se presentó en octubre de 2014 y está disponible en el sitio web de la Comisión Europea en: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/150828-study-for-dg-markt_en.pdf. Los resultados son:

una evaluación sobre la PFT en los 28 Estados miembros (marco jurídico y fiscal; próxima actualización de 2017).

el prototipo de un centro de información en línea, el *Centro virtual de PFT*, que facilita el acceso a la información recopilada y la hace comparable, así como.

una evaluación de impacto preliminar de opciones políticas, p. ej., un *Régimen Común Europeo para la PFT*. Disponible en http://ec.europa.eu/justice/civil/company-law/corporate-governance/index_en.htm.

⁷ Para obtener más información, consulte J. Lowitzsch, S. Dunsch, I. Hashi, Spanish Sociedades Laborales - Activating the Unemployed, Palgrave/McMillan 2017.

otros 27 Estados miembros de la UE, hemos investigado si existen obstáculos jurídicos y qué programas de incentivos nacionales actuales para la creación de empresas con objeto de reactivar a los desempleados podrían servir como punto de partida. Además, el siguiente análisis pretende identificar el mínimo común denominador del marco legal, así como de las regulaciones específicas existentes con el fin de evaluar la posibilidad de implementar el modelo de sociedad laboral en la UE como resultado de una iniciativa a nivel de la UE.

1.1. Extrapolación del modelo

En vista del balance provisional positivo de las sociedades laborales descrito anteriormente, la extrapolación del modelo de buenas prácticas de las sociedades laborales a otros países de la UE podría impulsar eficazmente políticas activas de empleo tanto a nivel nacional como de la UE. Como el modelo se basa esencialmente en la forma jurídica de una sociedad de responsabilidad limitada convencional —probablemente la forma más común de sociedad que opera en la UE— no existe ningún obstáculo jurídico enraizado en el derecho de sociedades nacional. Sin embargo, en lo que respecta a la situación particular de las empresas emergentes que involucren a personas desempleadas, debe analizarse el marco jurídico nacional, incluidos los requisitos o las condiciones que pueden facilitar o dificultar la creación de estas empresas.

En España, los requisitos de capital mínimo ascendían a 3.000 euros hasta que en 2013 se rebajaron a un euro simbólico para facilitar en mayor medida la creación de microsociedades de responsabilidad limitada⁸. Aunque la menor exigencia de requisitos de capital mínimo no es una condición previa para el modelo de sociedad laboral, que prosperó anteriormente bajo el régimen convencional, los requisitos de capital mínimo pueden considerarse como un elemento importante, particularmente a la vista de sociedades creadas por o con personas desempleadas que no suelen disponer de recursos económicos. En consecuencia, disponer de una visión comparativa de las condiciones para crear microsociedades de

⁸ Para la «Sociedad de responsabilidad limitada en régimen de formación sucesiva» (SLFS), una calificación como sociedad de responsabilidad limitada (SRL) convencional establecida por la Ley 223/2013 sobre apoyo a emprendedores y su internacionalización.

responsabilidad limitada en los 28 Estados miembros de la UE es útil para evaluar la extrapolación del modelo.

En la actualidad, los 28 Estados miembros de la UE reconocen el modelo de SRL de umbral bajo en su derecho de sociedades; un elemento universal es que este tipo de sociedad de responsabilidad limitada puede crearse con un único accionista. Sin embargo, existen diferencias en la regulación con respecto al diseño nacional del modelo. Esto no solo concierne a la clasificación de la forma societaria, sino también al capital social mínimo necesario para la creación de una SRL de umbral bajo, así como a los requisitos de balance⁹. Las características más importantes son las siguientes:

- En 15 Estados miembros el capital social mínimo para una sociedad de responsabilidad limitada asciende por lo general a alrededor de 1 euro (Bélgica, Bulgaria, Croacia, República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Letonia, Reino Unido) o no existe ningún requisito de capital mínimo (Chipre, Irlanda, Países Bajos, Portugal).
- En los Estados miembros que requieren un capital social mínimo más elevado el total oscila entre 45 euros y 12.500 euros (Rumanía, Malta, Polonia, Finlandia, Lituania, Estonia, Eslovaquia, Suecia, Eslovenia, Hungría, Austria, Luxemburgo).
- Cinco Estados miembros exigen que se destine un determinado porcentaje (un 5 % en Croacia y Grecia y un 25 % en Alemania, Dinamarca y Letonia) de los beneficios anuales de la empresa a reservas legales.

En resumen, aunque todos los países permiten la SRL de bajo umbral y un único miembro, la mayoría de Estados miembros, 16 de 28, permiten un capital mínimo por debajo de 50 euros. Sin embargo, en cuanto a los Estados miembros restantes cabe esperar una reducción del umbral en un futuro próximo dado que en los últimos cinco años hemos observado en la UE una tendencia en este sentido.

⁹ En Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Austria, Letonia y Croacia las regulaciones para la SRL de umbral bajo están previstas como una calificación jurídica de la SRL convencional, con menores requisitos de capital social mínimo o número de accionistas. En todos los demás Estados miembros, están regidas por las mismas normas que la SRL convencional.

1.2. Compatibilidad de incentivos para la creación de empresas nacionales con el programa de sociedades laborales

Un análisis de informes por países realizado por el EEPO «Activating jobseekers through entrepreneurship: Start-up incentives in Europe» (Activar a los solicitantes de empleo mediante el emprendimiento: Puesta en marcha de incentivos en Europa) revela que todos los Estados miembros de la UE ofrecen algún tipo de incentivo para la creación de empresas dirigido a desempleados, aunque su alcance y cantidad difiere considerablemente. La mayoría de estos programas incluye un acceso más fácil al capital y algún tipo de formación o capacitación. En el primer caso, los préstamos ocupan la mayor parte, seguido por ayudas y subvenciones y solo 6 programas ofrecen exenciones fiscales. Casi todos los programas de formación están disponibles únicamente durante la fase de puesta en marcha y después el nuevo trabajador autónomo es abandonado a su suerte (solo en Austria, Bélgica, Bulgaria, Francia, Alemania y España tanto la fase de puesta en marcha como el tiempo posterior están cubiertos por los respectivos programas).

Volviendo al acceso al capital facilitado por los programas, la mayoría están financiados a través de diferentes presupuestos ajenos a las prestaciones por desempleo. Sin embargo, algunos estados permiten la capitalización de las prestaciones por desempleo para trabajadores desempleados que quieren crear una empresa. En España, el programa «*Capitalización de la prestación por desempleo*» permite a los desempleados percibir hasta el 100 % de la prestación por desempleo a la que tengan derecho en un pago único¹⁰. En Francia, pueden recibir hasta el 50 % de su prestación por desempleo bajo el programa «*Aide à la reprise et à la creation d'entreprise/ARCE*» (Ayuda a la recuperación y a la creación de empresas). Portugal introdujo el «*Programa de Apoio ao Empreendedorismo e à Criação do Próprio Emprego/PAECPE*» (Programa de apoyo al emprendimiento y la creación del propio empleo) en 2009, que permite la capitalización de las prestaciones por desempleo bajo determinadas condiciones. Finalmente, en Bulgaria es posible percibir las prestaciones por desempleo en un pago único y utilizarlas como subvención inicial; sin embargo, este programa normalmente no es aplicable a jóvenes desempleados.

¹⁰ Hasta noviembre de 2015 existía un límite del 60% (excepto para casos de personas con discapacidad y jóvenes menores de 30 años, 35 en caso de mujeres jóvenes, límite que ha sido derogado. Este límite del 60% de la capitalización no se aplica, sin embargo, cuando el socio crea o se incorpora a una sociedad laboral.

Así pues, podemos concluir que aunque todos los Estados miembros disponen de diferentes incentivos para desempleados, solo cuatro países contemplan la posibilidad de convertir las prestaciones por desempleo para capitalizar nuevas empresas, un mecanismo que ha sido un factor clave en el éxito de las sociedades laborales españolas.

1.3. Integración del modelo de sociedades laborales en el programa de microfinanzas

El modelo de sociedad laboral presenta una debilidad en lo que se refiere a reactivar a los desempleados: los jóvenes desempleados que nunca han trabajado no tienen derecho¹¹ a prestaciones por desempleo, ya que nunca han cotizado en el seguro de desempleo y, como consecuencia, no pueden utilizar el mecanismo de capitalización de la prestación por desempleo para crear una nueva sociedad laboral o incorporarse a una existente. El resultado es que el grupo más débil de personas desocupadas queda excluido de este exitoso programa. Las microfinanzas podrían ser un instrumento complementario para corregir este punto débil permitiendo que jóvenes desempleados participen en las sociedades laborales; esto es especialmente importante, ya que este grupo de desempleados es socialmente vulnerable y hasta ahora ha quedado rezagado en lo relacionado con el ámbito de instrumentos de políticas de empleo.

Las microfinanzas y el emprendimiento social¹², como pilar clave del Programa de Empleo e Innovación Social (EaSI) de la UE desde 2014, tienen por objeto fortalecer las posibilidades de microfinanciación y las oportunidades para el desarrollo de pequeñas empresas y el emprendimiento social, lo que hace que guarden una relación lógica con las «sociedades laborales». Con este fin, el programa apoya a una selección de proveedores de microfinanzas proporcionándoles garantías de préstamo (mitigando su exposición al riesgo) y financiando su capacidad financiera (el instrumento de Microfinanciación Progress ha coexistido con las microfinanzas y el emprendimiento social hasta 2016)¹³. Los programas de microfinanzas nunca intervienen directamente financiando a emprendedores; siempre cooperan con un proveedor de microfinanzas local. Por lo tanto, es el pro-

¹¹ Requieren un mínimo de 360 días.

¹² Véase el Informe «on the Implementation of the European Progress Microfinance Facility», European Parliament. (2015).

¹³ Una lista de proveedores de microfinanciación se encuentra en European Commission (n.d.).

veedor de microfinanzas quien determina los requisitos concretos de la financiación.

Para incluir la incorporación a una «sociedad laboral» en las medidas que pueden optar a financiación mediante programas de microfinanzas, los proveedores locales existentes de microfinanzas (por ejemplo, bancos o entidades de crédito sin ánimo de lucro) podrían verse tentados a desarrollar un programa de emprendimiento social específico (dedicado a sociedad laboral y modelos similares que todavía están por desarrollar a nivel de la UE); este programa estaría dirigido especialmente a jóvenes desempleados que hasta el momento no pueden hacer uso del mecanismo de capitalización descrito para incorporarse a una sociedad laboral. En esta etapa, se podrían contemplar dos posibilidades: una inclusión independiente en un programa para proveedores de microfinanzas nacionales o una combinación entre proveedores de microfinanzas nacionales y agencias de empleo nacionales. Así pues, una integración del modelo de buenas prácticas de sociedades laborales en el contexto de empresas emergentes en el marco de Políticas Activas del Mercado de Trabajo (PAMT) podría complementar y reforzar la microfinanciación.

Bibliografía

- AA.VV. (2012). *Report, Public Hearing «A European Policy for Employee Ownership and Participation»*, Brussels, 22.3.2012. <http://www.efesonline.org/EUROPEAN%20PARLIAMENT/2012/Report%20of%20the%20hearing%20in%20the%20European%20Parliament.pdf?fref=gc&dti=524984374326460>.
- CALVO VÉRGEZ, J. (2016). «En defensa de las sociedades laborales: la ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, y la creación de un nuevo marco jurídico destinado al fortalecimiento de estas entidades». *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 5, 73-98.
- CHAVES, R. (2002). «Politiques publiques et économie sociale en Europe: le cas de l'Espagne», *Annals of Public and Cooperative Economics*, Vol. 73, N° 3, p. 453-480.
- (2005). «Las políticas públicas de la Economía Social» en Monzón, J. L. (Dir.). *La Economía Social en la Comunidad Valenciana en el año 2004*, CIRIEC-España, pp. 39-54.
- (2008). «Public policies and Social Economy in Spain and Europe», *Ciriec-España, revista de economía pública, social y cooperativa*, n° 62, p. 35-60. Disponible en: <http://www.ciriec-revistaeconomia.es>.
- (2010). «Las políticas de apoyo a las cooperativas de trabajo asociado y a las sociedades laborales en España», En: MONZÓN, J. L. (coord): *Las empresas de trabajo asociado en España. Evolución reciente y perspectivas*, Valencia: Ciriec-España edl, Cap. 4.
- (2012). «Las políticas públicas y las cooperativas», *Ekonomiaz*, n° 79, p. 169-199.

- (2016). «Las políticas públicas de promoción de las empresas de trabajo asociado en España. Parte 1, en: FAJARDO, G. (dir): *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 611-628.
- CHAVES, R. y DEMOUSTIER, D. (dir.) (2013). *The emergence of social economy in public policy. An international perspective*, Bruxelles: Peterlang publishers.
- CHAVES, R. y MONZÓN, J. L. (2000). «Políticas públicas». En: CIRIEC-International, *Economía Social y Empleo en la Unión Europea*, Ciriec-España edl - Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Valencia.
- (2012). «Beyond the crisis: the social economy, prop of a new model of sustainable economic development», *Service business - an international journal*, n° 6, p. 5.
- CHAVES, R., y SAVALL, T. (2013). «La insuficiencia de las políticas de fomento de cooperativas y sociedades laborales frente a la crisis en España». *REVESCO, Revista De Estudios Cooperativos*, 113, 61-91.
- CHAVES, R., SAVALL, T. y MONZÓN, J. L. (2014). «Las políticas económicas dirigidas a la economía social en España durante la crisis: de las expectativas a la realidad», en SÁNCHEZ, A. y TOMÁS-CARPI, J. A., (coord.), *Crisis y política económica en España: un análisis de la política económica actual*, Edl Thomson Civitas, p. 333-354.
- CHAVES, R. y SERRA, I. (dir) (2011). *Evaluación de las políticas de fomento de la economía social en España. Las cooperativas y sociedades laborales en el marco de las políticas activas de empleo*, IUDESCOOP-MTIN, Valencia.
- CICOPA (2009). *Efectos de la crisis sobre las cooperativas de trabajo y las cooperativas sociales*. Disponible en: http://www.cicopa.coop/public_docs/RaportCriseES.pdf.
- (2017). *Cooperatives and employment: Second Global Report*. CICOPA.
- CIRIEC-CHAVES, R., DEMOUSTIER, D., MONZÓN, J. L., PEZZINI, E., SPEAR, R., THIRY, B. (Directores) (2000). *Economía Social y Empleo en la UE*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- EUROPEAN COMMISSION. (2014). *European employment policy observatory review - Activating jobseekers through entrepreneurship: Start-up incentives in Europe*. Brussels.
- EUROPEAN PARLIAMENT-FAJARDO, G. ET AL (2016). *Employee Financial Participation: Spain's Sociedades Laborales*, IPOL_STU(2016)587300_EN European Parliament, Available: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587300/IPOL_STU\(2016\)587300_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587300/IPOL_STU(2016)587300_EN.pdf).
- EUROPEAN PARLIAMENT (2016b). Resolution of 15 September 2016 on «how best to harness the job creation potential of small and medium-sized enterprises (SMEs)» (2015/2320(INI)). Brussels.
- (2015). Report «on the Implementation of the European Progress Microfinance Facility» (2015/2042(INI)). *Rapporteur: Sven Schulze, Committee on Employment and Social Affairs*. Brussels.
- (2014). Report on «How can the European Union contribute to creating a hospitable environment for enterprises, businesses and start-ups to create jobs?» (2013/2176(INI)). *Rapporteur: Anthea McIntyre, Committee on Employment and Social Affairs*. Brussels.
- (2003). *Report on asset formation of 5 May (Final A5-0150/2003)*. *Rapporteur: Winfried Menrad, Committee on Employment and Social Affairs*. Brussels.
- FAVREAU, L.(2005). *Économie sociale et politiques publiques*. Cahier CRDC, UQO.
- FERNÁNDEZ GUADAÑO, J. (2009). «La participación financiera de los trabajadores en las empresas. Diferencias económicas de las empresas clasificadas según la es-

- tructura de la propiedad del capital». *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, (64).
- ITURRIOZ, J., LEJARRIAGA, G., Y MARTÍN, S. (2005). «Casuística de acceso a la actualización de la prestación por desempleo: bases para un modelo de decisión», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 52, pp. 307-333.
- GÓMEZ, J. M., ROMÁN, M., & ROJO, C. (2010). «Las dimensiones de la calidad del empleo en la economía social: un análisis de las Sociedades Laborales y de los Centros Especiales de Empleo en Castilla y León». *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, (67).
- KRUSE, D. L., FREEMAN, R. B., & BLASI, J. R. (Eds.). (2010). *Shared capitalism at work: Employee ownership, profit and gain sharing, and broad-based stock options*. University of Chicago Press.
- LOWITZSCH, J., HASHI, I., & WOODWARD, R. (Eds.). (2009). *The PEPPER IV Report: Benchmarking of employee participation in profits and enterprise results in the Member and Candidate Countries of the European Union*. Berlin.
- LOWITZSCH, J., & HASHI, I. (Eds.). (2012). *Employee financial participation in companies' proceeds*. Brussels: European Parliament, Employment & Social Affairs Committee.
- (Eds.). (2014). *Study on the promotion of employee ownership and participation. Prepared for the European Commission DG MARKT*. Luxembourg: European Commission, Directorate-General Internal Market and Services (DG MARKT). Available: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/141028-study-for-dg-market_en.pdf?fref=gc&dti=524984374326460.
- LOWITZSCH, J., DUNSCH, S., HASHI, I. (2017). *Spanish Sociedades Laborales-Activating the Unemployed. A Potential New EU Active Labour Market Policy Instrument*, Springer, New York.
- LÓPEZ, F. (2005). «Economía Social, Empleo y Políticas de Empleo» en Monzón, J. L. (Dir.). *La Economía Social en la Comunidad Valenciana en el año 2004*, CIRIEC-España, pp. 59-98.
- LÓPEZ MORA, F. (1999). «Problemática laboral de los socios trabajadores de las empresas de Economía Social: ¿socios o trabajadores?», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 31, 9-46.
- MONZÓN, J. L. y CHAVES, R. (2008). «The European Social Economy: concept and dimensions of the third sector», *Annals of Public and Cooperative Economics*, 79, nº 3, p. 549-577.
- MONZÓN, J. L. (dir), CALVO, R., CHAVES, R., FAJARDO, G. VALDÉS, F. (2009). *Informe para la elaboración de una Ley de fomento de la Economía Social*, CIRIEC - Ministerio de Trabajo e Inmigración, Capítulo 4: «Las políticas públicas de fomento de la Economía Social en España y Europa».
- MONZÓN, J. L. (coord). (2010). *Las empresas de trabajo asociado en España. Evolución reciente y perspectivas*, Valencia: Ciriec-España edl.
- MONZÓN, J. L. y CHAVES, R. (2017). *Recent evolution of the social economy in the European Union*, Comité Económico y Social Europeo, Bruselas.
- MORALES GUTIÉRREZ, A. C., MARTÍN LÓPEZ, S., & LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G. (2008). «Labour managed firms in Spain». *CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa*, (62).
- OIT (2002). *Recomendación Sobre Promoción De Las Cooperativas* (Recomendación 193/2002) OIT —Organización Internacional del Trabajo—.

- RIVERO, A. (2003). *Evaluación de políticas activas de empleo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid.
- ROJO E. y VIDAL I. (1989). *Medidas de apoyo a las empresas de trabajo asociado*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- SALABERT PARRAMÓN, R. (1988). *Las sociedades laborales en el marco del desarrollo económico y social español*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid.
- SAN JOSÉ, J. (2012). «Hacia una Participación Financiera de los Trabajadores en España», ponencia, *Public Hearing «A European Policy for Employee Ownership and Participation»*, Brussels, 22.3.2012.

Fuentes de información estadística

INE, BOE, INEM, Presupuestos General del Estado, Presupuestos de las CCAA, Ministerio de Trabajo e Inmigración; Anuario de estadísticas laborales; Boletín de Estadísticas Laborales; Observatorio español de la economía social.

*Sociedades laborales y empleo (2005-2015)*¹

MIGUEL ÁNGEL GARCÍA CALAVIA

*Profesor Titular de Sociología
Universitat de València*

SUMARIO: I. LA ECONOMÍA SOCIAL HA GENERADO EMPLEO Y HA CONTRIBUIDO AL BIENESTAR SOCIAL. II. EL PAPEL DE LAS SOCIEDADES LABORALES EN LA GENERACIÓN DE EMPLEO. III. LAS SOCIEDADES LABORALES. IV. EL EMPLEO EN LAS SOCIEDADES LABORALES Y SUS CARACTERÍSTICAS. V. UN BALANCE. VI. LIMITACIONES Y RETOS. Bibliografía.

El objeto del presente texto es examinar el papel que han tenido las sociedades laborales (SLs), uno de los tipos más genuinos de empresa de la economía social, en el sistema de empleo español durante el periodo 2005-2015; por tanto, durante la crisis económica iniciada en 2008 que se ha prolongado hasta 2014. Este examen se efectúa teniendo presente que el empleo ha desempeñado un papel crucial en el «modelo europeo de bienestar social y cohesión social». Con el fin de observar mejor su funcionamiento, se incluyen los años previos a la crisis, así como el inmediatamente posterior en el periodo de análisis.

El texto se estructura del siguiente modo. En primer lugar, una breve introducción para contextualizar la relación entre economía social y empleo en las sociedades actuales o como la economía social ha generado empleo y ha contribuido al bienestar social. En segundo lugar, una revisión de la investigación llevada a cabo en este sentido en relación con las sociedades laborales que permita delimitar su alcance y orientaciones. En tercer lugar, el examen propiamente dicho de la evolución reciente del trabajo asociado en las sociedades laborales por comunidades territoriales, así como, por sectores (y subsectores) de actividad económica. Por último, sus caracterís-

¹ Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Economía Social, Auto-gestión y Empleo» (DER2016-78732-R) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

ticas comparándolas con las del empleo en la economía general. Esto debe permitir establecer, finalmente, la evolución reciente del trabajo asociado en las sociedades laborales y plantear los retos inmediatos.

I. LA ECONOMÍA SOCIAL HA GENERADO EMPLEO Y HA CONTRIBUIDO AL BIENESTAR SOCIAL

En el «modelo europeo de sociedad del bienestar y cohesión social», el empleo ha constituido una de las vías principales para la distribución de la riqueza generada en cada sociedad con el fin de proporcionar unos recursos razonables para todas y todos. Esta forma de distribución de la riqueza tiene su origen en el compromiso social posterior a la Segunda Guerra Mundial en Europa. Esto ha comportado garantizar un empleo, por un lado, para toda o todo aquel que quiera trabajar, y por otro, que reúna unas condiciones dignas. Ahora bien, su materialización tropieza con dificultades desde hace casi cuatro décadas ya que no hay empleo para todas o todos los que quieren trabajar, ni todo el empleo reúne condiciones mínimas de dignidad, esto es, de estabilidad y futuro.

En este entorno, irrumpió la economía social a finales de siglo. También, en España: a lo largo de la década de los noventa, la economía social experimentó un fuerte crecimiento que, en términos de empleo, se puede resumir en que en esos diez años creció cuatro veces más en la economía social de lo que lo hizo en el conjunto de la economía (Monzón y Chaves, 2003: 66).

Así, la economía social ponía de manifiesto su potencialidad y su contribución a la solución del problema del desempleo estructural que se había instalado en España desde finales de los setenta, al igual que en otros países europeos. Por otro lado, hay que señalar que una buena parte de esta contribución al problema del desempleo ha tenido lugar satisfaciendo nuevas necesidades individuales y colectivas que mucha gente considera que deberían estar universalmente cubiertas.

Una de las principales preocupaciones estribaba en el tipo de empleo generado en un tiempo en el que había que seguir creándolo, básicamente, en su calidad, esto es, si la estabilidad contractual, el tiempo del trabajo asociado y su conciliación con otros tipos de trabajo o sus condiciones de salud y seguridad física, eran dignas.

II. EL PAPEL DE LAS SOCIEDADES LABORALES EN LA GENERACIÓN DE EMPLEO

En distintos balances sobre el papel de las sociedades laborales en la creación de empleo, realizados en los años anteriores a la crisis económica, se destacó su firme dinamismo. Tras la aprobación de la ley de 1997, las Sociedades Laborales ya no constituían fórmulas empresariales de actuación anticíclica, protagonizadas por los trabajadores, para hacer frente a la pérdida de empleo, como había sucedido en la década de los ochenta y principios de los noventa (Grávalos y Pomares, 2001), sino fórmulas corrientes que competían con las empresas tradicionales en un periodo de expansión económica (Millana, 2003; Miguélez, 2006).

En este nuevo entorno, su presencia se desplazó de la industria (dónde tenía un papel predominantemente de salvamento de empresas en crisis) a los servicios (Millana, 2003; Miguélez, 2006).

Las nuevas sociedades laborales (esto es, las que se constituían no para salvaguardar antiguas empresas) eran de tamaño cada vez más reducido de modo que entraron en el universo de la pequeña empresa. Entre otras razones, porque requerían (y han requerido) menos capital y resultaba más fácil poner de acuerdo a poca gente; además, la fórmula de capitalización de la prestación por desempleo, ha facilitado esta posibilidad.

Además, estaban promovidas más por los trabajadores que por las trabajadoras por encima, incluso, de lo que se observa entre la población ocupada (considerada globalmente) lo que se relaciona con las características propias de las sociedades laborales (básicamente con la forma de participación y su vivencia (Ribas y Sajardo, 2005: 273).

Este firme dinamismo de las sociedades laborales, pero también el de la economía social, aunque menor, no tenía lugar territorialmente de manera homogénea: era mayor en las regiones que tenían un entorno más dinámico. A este respecto, se planteaba la necesidad de analizar la influencia de las diferentes políticas regionales en relación con la economía social.

En cuanto a las características del empleo, a principios de la reciente crisis, se ha destacado que posee una mayor estabilidad contractual en las sociedades anónimas laborales que en el conjunto de la economía española; aunque igualmente se señala que no es así en las sociedades limitadas laborales en las que es menor. También, se ha apuntado que el empleo a tiempo parcial ha aumentado hasta casi tener un peso similar al que tiene en la economía española. Ahora bien, tiene más peso en las sociedades limitadas laborales que en las sociedades anónimas (Calderón y Calderón,

2012: 40-41). Hay, pues, menos empleo atípico en las sociedades anónimas laborales que en el conjunto de la economía española y más en las sociedades limitadas laborales.

Así, se puede suponer que, en el periodo 2005-2015 y, por tanto, durante los años de crisis, las sociedades laborales, y más concretamente, las anónimas, han resistido mejor sus efectos que las empresas tradicionales del sector privado o público. Ahora bien, hay que suponer de igual modo que existe riesgo de «guetización» del empleo, sobre todo, en las sociedades laborales limitadas a pesar de que las condiciones contractuales en las sociedades anónimas laborales han respondido algo mejor a la norma típica que las de la economía española.

III. LAS SOCIEDADES LABORALES

Un examen del número de sociedades a lo largo del periodo 2005-2015, pone de manifiesto que el máximo existente fue en 2005 para iniciar un descenso todavía no detenido si bien se ha ido decelerando con el paso de los años: en todo este tiempo, especialmente, en los primeros de la crisis, se ha reducido a casi la mitad, un 49,1 %. Si este examen se efectúa desde que se aprobó la Ley de 1997 se evidencia que el zenit en cuanto al número de sociedades se alcanzó asimismo en 2005.

En cuanto al número de trabajadores de las sociedades laborales, el máximo tiene lugar en 2006. Desde entonces, experimenta una pérdida de puestos de trabajo, sobre todo, en 2008 y 2009, y hasta 2013 en que comienzan a crearse de nuevo lentamente. Entre 2006 y 2013, el número de trabajadores se ha reducido un 49,5 %. Igualmente, si el examen se amplía hasta 1997 se observa que el número máximo de trabajadores se produjo en 2006.

Tabla 1. Evolución (2005-2015) del número de sociedades laborales y de trabajadores

	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15
Soc.	20.279	20.266	19.737	17.650	15.679	14.574	13.465	12.294	11.322	10.828	10.313
Trab.	125.646	130.240	124.784	101.331	88.241	81.772	74.438	67.445	63.472	63.526	64.484

(Soc.: sociedades laborales. Trab.: trabajadores)

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Base de datos de la economía social)

Atendiendo al número de trabajadores, el tamaño de las sociedades laborales ha sido y es muy pequeño en el periodo examinado: entre un 70 y

[illegible]

Por otro lado, en el tiempo examinado, la morbilidad que ha afectado a las sociedades se registra en casi todos los tamaños establecidos, aunque ha sido entre las que tienen un tamaño entre 11 y 50 las que más la han padecido, más de un 50 % han desaparecido. Únicamente, no se ha visto afectado el número de las que tienen más de 250 trabajadores.

Como se acaba de señalar, las sociedades laborales pertenecen al universo de la pequeña empresa ya que entre el 70 %, en época de expansión económica, y el 75 %, en época de recesión, no han superado los cinco trabajadores. Esta distribución ha comportado el 28 % del total de los trabajadores empleados en las sociedades laborales en la primera época y el 35 %, en la segunda, en la época de recesión. En contraste, el 0,3 % de las sociedades laborales han tenido cien trabajadores o más y han supuesto entre el 9,1 y el 13,6 % del conjunto de los trabajadores. Las grandes sociedades laborales, las que tienen 250 o más trabajadores, han sido las que menos han experimentado la crisis.

La distribución de las sociedades laborales a lo largo del territorio español es diversa. En cuanto al número de trabajadores, se encuentran las comunidades autónomas en las que las sociedades laborales proporcionan empleo a más trabajadores: Andalucía, de manera destacada, Madrid, País Vasco, Catalunya, Comunidad Valenciana, Castilla la Mancha y Murcia. Los trabajadores de las sociedades laborales de estas siete comunidades suponen casi las tres cuartas partes del total de los trabajadores de las sociedades laborales en España. Del resto de comunidades, destaca Asturias, y ya a distancia, Navarra y Castilla León.

Tabla 4. Evolución (2005-2015) del número de sociedades laborales por comunidades autónomas

	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15
Total	20.279	20.266	19.737	17.650	15.679	14.574	13.465	12.294	11.322	10.828	10.313
Andalucía	4.590	4.718	4.716	4.197	3.705	3.410	3.168	2.838	2.616	2.430	2.296
Aragón	736	717	673	590	539	509	478	445	421	422	406
Asturias	536	539	589	568	522	512	500	453	418	406	394
Baleares	240	230	211	169	158	147	139	131	117	111	100
Canarias	770	713	668	588	514	464	440	372	346	325	305
Cantabria	167	167	164	148	136	121	120	114	113	111	109
Castilla-La Mancha	1.727	1.770	1.798	1.639	1.481	1.372	1.231	1.087	1.000	934	884
Castilla-León	984	998	986	888	801	768	635	593	550	542	524
Cataluña	2.018	1.946	1.779	1.634	1.413	1.305	1.217	1.086	974	925	883
Comunidad Valenciana	1.791	1.852	1.755	1.457	1.239	1.140	1.048	986	889	868	835
Extremadura	499	488	480	435	396	361	324	303	281	290	286
Galicia	1.119	1.105	1.070	971	856	791	709	669	618	582	539
Madrid	2.305	2.270	2.147	1.934	1.692	1.570	1.471	1.367	1.252	1.218	1.150

	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15
Murcia	1.077	1.106	1.100	963	862	812	773	722	668	628	604
Navarra	520	498	496	456	430	415	396	370	341	331	316
País Vasco	1.103	1.062	1.023	931	864	815	762	709	674	659	644
La Rioja	84	74	69	68	58	50	43	39	36	38	31

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Base de datos de la economía social)

Un análisis de su evolución pone de manifiesto que el número de sociedades no ha dejado de disminuir todos los años desde 2005 en que alcanzó su punto álgido, especialmente, los primeros años de la crisis. La evolución global se matiza territorialmente: en unas comunidades, Andalucía, Catalunya, Comunidad Valenciana, Madrid, Murcia, la caída mayor tiene lugar básicamente en 2008, en otras, Castilla la Mancha y Castilla León, País Vasco en 2010 y 2011.

Tabla 5. Evolución (2005-2015) del número de trabajadores de las sociedades laborales por comunidades autónomas

	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15
Total	125.646	130.240	124.784	101.331	88.241	81.772	74.438	67.445	63.472	63.536	64.484
Andalucía	27.347	29.414	28.728	21.279	18.233	17.396	16.026	13.707	12.903	12.733	12.885
Aragón	3.151	2.989	2.984	2.403	2.072	2.026	1.812	1.694	1.614	1.635	1.637
Asturias	3.096	3.509	3.696	3.434	2.992	2.408	3.020	3.336	2.965	3.096	3.371
Baleares	1.148	1.130	1.100	953	989	954	724	838	723	792	618
Canarias	3.910	3.558	2.982	2.521	2.290	2.030	2.015	1.778	1.693	1.614	1.470
Cantabria	1.271	1.400	1.410	1.236	1.120	985	1.015	938	931	946	919
Castilla-La Mancha	10.486	10.984	10.426	8.042	6.977	6.715	5.541	4.679	4.497	4.373	4.341
Castilla-León	4.832	5.285	4.833	3.967	3.442	3.267	2.710	2.372	2.312	2.311	2.379
Cataluña	12.205	12.331	10.883	9.463	7.796	7.441	6.635	6.146	5.986	6.060	6.098
C. Valenciana	11.403	11.464	10.604	8.041	6.817	6.238	5.255	5.069	4.911	5.218	5.291
Extremadura	2.927	3.064	3.026	2.284	2.178	2.062	1.669	1.369	1.305	1.301	1.433
Galicia	5.696	6.065	5.616	4.675	4.082	4.085	3.326	3.113	2.861	2.651	2.667
Madrid	13.355	13.279	13.012	10.936	9.431	8.891	8.699	7.818	7.397	7.331	7.471
Murcia	7.055	7.526	7.294	5.355	4.809	4.712	4.950	4.551	4.216	4.139	4.368
Navarra	3.908	4.057	4.135	3.682	3.183	3.054	2.813	2.507	2.374	2.383	2.502
País Vasco	13.356	13.693	13.561	12.565	11.444	9.177	7.945	7.275	6.519	6.679	6.758
La Rioja	429	420	422	423	313	254	205	178	194	205	199

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Base de datos de la economía social)

En lo que se refiere a la ubicación de las sociedades laborales por sectores de actividad (centros de cotización), se observa su predominio claro en el sector de servicios a lo largo del periodo examinado (entre 56,8 % y un 66,2%) aunque su presencia es importante en el sector industrial (entre 18,5% y un 19,5%) y en el de la construcción (entre un 24,2 y un 12,5%)

(o en el de la construcción y en el sector industrial, antes de la crisis). Por último, en el sector agrario.

Tabla 6. Evolución (2005-2015) del número de sociedades laborales (número de centros de cotización) por sectores de actividad económica

	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15
Total	23.758	23.626	22.885	20.041	17573	16.333	15.066	13.797	12.727	12.218	11.845
Agricultura	319	308	297	268	230	280	266	248	227	242	241
Industria	4.400	4.270	4.182	3.736	3.294	3.056	2.836	2.575	2.427	2.394	2.314
Construcción	5.552	5.728	5.575	4.287	3.374	2.868	2.417	1.917	1.642	1.539	1.529
Servicios	13.487	13.320	12.831	11.750	10.675	10.129	9.547	9.057	8.431	8.143	7.761

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Base de datos de la economía social)

Tabla 6. Evolución porcentual (2005-2015) del número de sociedades laborales (centros de cotización) por sectores de actividad económica

	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
Agricultura	1,3	1,3	1,3	1,3	1,3	1,7	1,8	1,8	1,8	2,0	2,0
Industria	18,5	18,1	18,3	18,6	18,7	18,7	18,8	18,7	19,1	19,4	19,5
Construcción	23,4	24,2	24,4	21,4	19,2	17,6	16,0	13,9	12,9	12,5	12,9
Servicios	56,8	56,4	56,1	58,6	60,7	62,0	63,4	65,6	66,2	66,1	65,5

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Base de datos de la economía social)

En cuanto a los trabajadores, se reproduce la distribución sectorial descrita: mayor presencia en el sector servicios; luego, en el sector industrial y en el de la construcción (aunque entre 2005 y 2008, es al revés); finalmente, en el sector agrícola. Ahora bien, su peso varía: entre un 45,8% y un 61,2% en servicios; un 25/26% en industria y entre un 28 y un 11,1% en construcción.

Tabla 7. Evolución (2005-2015) del número de trabajadores de las sociedades laborales (centros de cotización) por sectores de actividad económica

	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15
Total	125.646	130.240	124.784	101.331	88.241	81.772	74.438	67.445	63.472	63.536	64.484
Agricultura	2.194	2.190	1.838	1.540	1.266	1.216	1.288	1.309	1.199	1.094	1.094
Industria	31.768	31.235	30.603	26.021	21.821	20.142	18.745	17.086	16.179	16.508	16.750
Construcción	34.115	36.706	33.367	20.431	15.330	13.659	10.738	8.047	7.293	7.067	7.457
Servicios	57.569	60.109	58.976	53.339	49.824	46.755	43.667	41.003	38.801	38.867	39.183

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Base de datos de la economía social)

Tabla 8. Evolución porcentual (2005-2015) del número de trabajadores de las sociedades laborales (centros de cotización) por sectores de actividad económica

	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
Agricultura	1,7	1,7	1,5	1,5	1,4	1,5	1,8	1,9	1,9	1,7	1,7
Industria	25,3	24	24,5	25,7	24,7	24,6	25,2	25,3	25,5	26,0	26,0
Construcción	27,2	28,2	26,7	20,2	17,4	16,7	14,4	11,9	11,5	11,1	11,6
Servicios	45,8	46,2	47,3	52,6	56,5	57,2	58,7	60,8	61,1	61,2	60,8

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Base de datos de la economía social)

En todos los sectores, se ha reducido el número de sociedades y el de trabajadores: en el de la construcción, un 73 % y un 81 %, respectivamente; en el de la industria, un 47% y un 48%; en agricultura, un 28% y un 50%; y en servicios, un 41% y un 35%. Como el conjunto de la economía, las sociedades laborales son claramente un fenómeno del sector servicios, incluso, en un periodo de recesión lo han resistido mejor.

De todas maneras, un examen más desagregado de la evolución de las sociedades laborales (según centros de cotización) y de sus trabajadores por subsectores económicos permite enriquecer su ubicación y, sobre todo, su resistencia durante la crisis. Una precisión previa, este examen se limita al periodo de crisis ya que en 2009 se modificó la forma de agrupación subsectorial de modo que las del sector servicios son diferentes a las 2008 y años anteriores.

Así, las sociedades laborales se localizan en comercio, industria manufacturera, construcción, actividades profesionales, científicas y técnicas, hostelería, educación, actividades administrativas y de servicios auxiliares, transporte y actividades sanitarias y de servicios sociales con muy pequeñas fluctuaciones a lo largo del periodo examinado, salvo en el año 2009, en el que la construcción era la segunda actividad que concentraba más sociedades laborales.

Tabla 9. Evolución porcentual del número de sociedades laborales (centros de cotización) por subsectores de actividad económica

	09	10	11	12	13	14	15
Total	100	100	100	100	100	100	100
Industria manufacturera	18,4	18,4	18,4	18,3	18,7	19,1	19,1
Construcción	19,2	17,6	16,0	13,9	12,9	12,5	12,9
Comercio	24,5	24,9	25,3	26,2	26,7	26,8	26,7

	09	10	11	12	13	14	15
Transporte y almacenamiento	2,5	2,7	2,9	3,2	3,2	3,2	3,3
Hostelería	8,4	8,7	8,7	9,0	8,8	8,4	8,1
Actividades profesionales, científicas y técnicas	7,5	7,7	8,0	8,1	8,4	8,6	8,5
Actividades administrativas y servicios auxiliares	4,2	4,0	4,2	4,3	4,1	4,0	3,9
Educación	3,3	3,4	3,5	3,8	4,0	4,0	4,0
Actividades sanitarias y de servicios sociales	2,1	2,2	2,3	2,4	2,5	2,5	2,3
Resto	9,9	10,4	10,7	10,8	10,7	10,9	11,2

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Base de datos de la economía social)

Ahora bien, esta localización varía un poco si en lugar de observar el número de sociedades laborales, se observa el número de trabajadores de las sociedades laborales por subsectores. De este modo, las actividades en las que las sociedades laborales tienen un mayor número de trabajadores han sido industria manufacturera, comercio, construcción, educación, hostelería, actividades administrativas y de servicios auxiliares, actividades sanitarias y de servicios sociales. Esta clasificación se ha mantenido desde 2010 hasta 2015. Únicamente, hay una variación significativa en 2010 cuando la construcción deja de ser la segunda actividad en la que se localizaban más trabajadores en las sociedades laborales para pasar a ser la tercera.

Tabla 10. Evolución porcentual (2009-2015) del número de trabajadores de las sociedades laborales (centros de cotización) por sectores de actividad económica

	09	10	11	12	13	14	15
Total	100	100	100	100	100	100	100
Industria manufacturera	24,3	24,1	24,7	24,9	25,1	25,5	25,6
Construcción	17,4	16,7	14,4	11,9	11,5	11,1	11,6
Comercio	16,6	17,4	18,0	18,4	18,7	18,5	18,1
Transporte y almacenamiento	3,4	3,7	3,7	4,2	4,1	4,3	4,2
Hostelería	6,2	6,5	6,6	6,8	6,8	6,5	6,5
Actividades profesionales, científicas y técnicas	4,9	5,0	5,2	5,3	5,4	5,5	5,4
Actividades administrativas y servicios auxiliares	8,3	6,2	6,0	6,6	6,2	6,4	6,4
Educación	5,4	6,4	6,8	7,0	7,4	7,8	8,1
Actividades sanitarias y de servicios sociales	5,0	5,5	5,6	5,9	5,9	6,0	5,9
Resto	8,5	8,5	9,0	9,0	8,9	8,4	8,2

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Base de datos de la economía social)

Así pues, las sociedades laborales se concentran en actividades intensivas en mano de obra: algunas, de alto valor añadido y otras de bajo valor añadido.

IV. EL EMPLEO EN LAS SOCIEDADES LABORALES Y SUS CARACTERÍSTICAS

En relación con la inestabilidad (o la inseguridad) contractual en el empleo en las sociedades anónimas laborales, se observa que oscila entre un 23 % y un 30 % en el periodo examinado con excepción del 2005 que casi llega al 33%. Se trata de unos porcentajes ligeramente inferiores a los de la media nacional hasta 2013. Durante los primeros años de la crisis y hasta 2013, la tasa de temporalidad se reduce, casi igual que lo que sucede en la economía nacional. A este respecto, siguen el mismo proceso: destrucción del empleo temporal durante los años de recesión. Con respecto a la jornada laboral, se observa que entre 11,7 y 21,6 la tiene a tiempo parcial, con un crecimiento sostenido desde 2010. Son porcentajes ligeramente superiores a los de la economía nacional.

Tabla 11. Empleo atípico (Contratación Temporal y Contratación a Tiempo Parcial) en las sociedades anónimas laborales y en la economía española

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Contratación temporal Sociedades Anónimas Laborales	32,7	29,0	30,5	27,4	25,7	24,1	22,9	23,1	24,0	25,0	27,3
Contratación temporal España	33,3	34,0	31,7	29,3	25,4	24,9	25,3	23,4	23,1	24,0	25,1
Contratación a Tiempo Parcial Sociedades Anónimas Laborales	11,7	14,0	13,1	14,8	16,9	15,9	16,4	17,5	19,6	20,5	21,6
Contratación a Tiempo Parcial España	12,8	12,0	11,8	12,0	12,8	13,3	13,8	14,5	15,8	15,9	15,7

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Base de datos de la economía social; Anuarios de estadísticas laborales)

De igual modo, se observa que la inestabilidad contractual en las sociedades limitadas laborales varía entre un 33 % y un 50 %. Estos porcentajes son considerablemente superiores a los de la economía española, y muy superiores a los de las sociedades anónimas laborales, sobre todo, en los primeros años examinados. En lo que se refiere a la jornada laboral, se observa que entre el 17 y el 30 % la tiene a tiempo parcial. Estos promedios son muy superiores a los de la economía nacional, sobre todo, desde 2009. El empleo atípico es, pues, superior en las sociedades limitadas laborales que en el conjunto de la economía nacional.

Tabla 11. Empleo atípico (Contratación Temporal y Contratación a Tiempo Parcial) en las sociedades limitadas laborales y en la economía española

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Contratación temporal Sociedades Anónimas Laborales	51,5	47,6	45,4	35,3	33,2	34,2	34,0	33,1	32,7	32,8	34,9
Contratación temporal España	33,3	34,0	31,7	29,3	25,4	24,9	25,3	23,4	23,1	24,0	25,1
Contratación a Tiempo Parcial Sociedades Anónimas Laborales	17,6	17,1	17,7	20,7	23,9	25,9	28,0	28,4	30,7	30,5	30,2
Contratación a Tiempo Parcial España	12,8	12,0	11,8	12,0	12,8	13,3	13,8	14,5	15,8	15,9	15,7

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Base de datos de la economía social; Anuarios de estadísticas laborales)

Teniendo en cuenta la tasa de temporalidad en las sociedades laborales y su evolución, se puede afirmar que han recurrido, especialmente, las limitadas, a los mismos mecanismos de flexibilización y ajuste que las empresas privadas lucrativas. Lo mismo se puede concluir en lo que se refiere a la jornada laboral.

V. UN BALANCE

En el periodo 2005-2015, las sociedades laborales se han reducido en número hasta casi la mitad; igualmente ha disminuido su número de trabajadores. La tendencia apuntada ya en 2006 y en 2007 se ha agudizado extraordinariamente con la crisis.

Las sociedades laborales siguen formando parte claramente del universo de la pequeña empresa. Ahora bien, vuelven a crearse sociedades de todos los tamaños incluidos en la franja de 6 a 100 trabajadores desde 2015.

Las sociedades laborales se distribuyen desigualmente a lo largo del territorio español localizándose sobre todo en las comunidades autónomas con un mayor dinamismo económico. Esta tendencia no se ha modificado con la crisis.

Las sociedades laborales son un fenómeno claro del sector servicios (las dos terceras partes se localizan en el sector y algo más de sus trabajadores) aunque también han experimentado la crisis; a bastante distancia se encuentran en la industria en la que han sufrido más los efectos de la crisis que ha afectado sobre todo a la construcción al igual que en el resto de la economía.

Las actividades productivas en las que hay mayor presencia de sociedades laborales son mayoritariamente intensivas en mano de obra lo que

no significa que sean de bajo valor añadido. Una parte importante de las sociedades laborales se ubican en actividades como la industria manufacturera, profesionales y científicas, educación, sanitarias y de servicios sociales y han resistido mejor que las que se localizan en actividades de bajo valor añadido.

Hay empleo atípico (temporal y a tiempo parcial) en las sociedades laborales, especialmente, en las limitadas con porcentajes superiores a los de la economía nacional. De este modo, sigue constituyendo una preocupación.

VI. LIMITACIONES Y RETOS

¿En qué condiciones y cómo se ha salido de la crisis?

Como se ha señalado, una de las principales preocupaciones en relación con el empleo en la economía social era sus condiciones contractuales, salariales, horarias, de seguridad, en definitiva, su calidad, en un tiempo en el que como se ha dicho, hay que seguir creándolo. En este sentido, la información disponible era y es insuficiente. Ahora bien, con los datos disponibles se puede apuntar que hay empleo atípico (temporal y a tiempo parcial) en las sociedades laborales, especialmente, en las limitadas con porcentajes superiores a los de la economía nacional.

Estas condiciones contractuales se han agudizado con la crisis de modo que la supervivencia de las sociedades laborales se ha podido basar en el recurso (no deseado) a las misma. Así, han podido constituir un instrumento de competitividad. Ahora bien, no se conoce de manera precisa como se ha salido de la crisis en muchas de las sociedades laborales, sobre todo, del sector servicios. Se hace necesaria una información para explicar mejor la salida de la crisis de las sociedades laborales en relación con los aspectos señalados. Constituye un reto difícil. De manera inmediata, se puede abordar de manera cualitativa mediante algunos estudios de caso.

Una precisión para acabar, no estoy intentando homologar el trabajo asociado, el trabajo de las sociedades laborales, con el trabajo asalariado. Ahora bien, tampoco se puede ignorar que este trabajo, el trabajo asociado, debe reunir unas condiciones dignas, por otro lado, preservando los valores propios del trabajo asociado: relación personal, solidaridad, autogestión de la propia empresa, valores de cuyo desarrollo sabemos también poco, o mejor muy poco.

Bibliografía

- CALDERÓN, B. y CALDERÓN, M. J. (2012). «La calidad del empleo de las entidades de la economía social en periodo de crisis» en *Ekonomiak*, 79, pp. 31-57.
- GRÁVALOS, M. A. y POMARES, I. (2001). «La adaptación de las sociedades laborales a la evolución del ciclo económico. Un estudio empírico para las diferentes comunidades autónomas» en *CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa*, 38, pp. 33-55.
- MIGÚELEZ, F. (2006). «Economía social y empleo. El caso de España» en *Revista Papers*, 81, pp. 11-36.
- MILLANA, M. (2003). «Las sociedades laborales. Una realidad en alza» en *CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa*, 47, pp. 79-92.
- MONZÓN Y CHAVES (2003). «La economía social como factor generador e empleo estable y de calidad», en FAURA, I., DE LORENZO, R. y CABRA, M. A., *La economía social y el tercer sector*, Fundación ONCE (Escuela Libre Editorial), pp. 63-83.
- RIBAS, M. A. y SAJARDO, A. (2005). «La diferente participación laboral de las mujeres entre las cooperativas y las sociedades laborales» en *CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa*, 52, pp. 267-278.

CAPÍTULO V

La sociedad laboral. Concepto, calificación, descalificación y principales características

GEMMA FAJARDO GARCÍA¹

Prof. Titular Derecho Mercantil

Investigadora del IUESCOOP

Universitat de València

fajardo@uv.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD LABORAL. 1. La definición legal de sociedad laboral. 2. La finalidad económico-social de la sociedad laboral: del acceso a la propiedad de la empresa a la creación de empleo estable. 3. Razones para la aprobación de una ley especial para las sociedades laborales. 4. La sociedad laboral entre sociedad mercantil y empresa de economía social. III. LA CALIFICACIÓN DE LA SOCIEDAD LABORAL. COMPETENCIA Y REQUISITOS. 1. Competencias para calificar, descalificar y controlar las sociedades laborales. 2. Requisitos para obtener la calificación de sociedad laboral. 3. Requisitos relativos a la titularidad del capital y su acreditación. 3.1. Mayoría del capital propiedad de los trabajadores fijos. 3.2. Ningún socio debe ser titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social. 3.3. Acreditación de los anteriores requisitos. IV. OTROS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA CONSERVACIÓN DE LA CALIFICACIÓN LABORAL. 1. La limitación del número de trabajadores fijos no socios. 2. La constitución y dotación de la Reserva Especial. V. EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR RAZÓN DE LA CALIFICACIÓN LABORAL. VI. LA DESCALIFICACIÓN DE LA SOCIEDAD LABORAL. CAUSAS, PROCEDIMIENTO Y CONSECUENCIAS. VII. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD LABORAL. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La ley 44/2015 de sociedades laborales y sociedades participadas (LSL) incorpora una nueva regulación para las sociedades laborales, derogando la anterior Ley 4/1997, de 24 de marzo (Disposición derogatoria única de la LSL). La reforma de esta Ley fue impulsada por las organizaciones

¹ Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Economía Social, Auto-gestión y Empleo» (DER2016-78732-R) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

representativas de las sociedades laborales que desde hacía tiempo reclamaban una actualización de la misma².

El actual régimen jurídico de las sociedades laborales se contiene en dos capítulos, el primero que contempla su régimen societario (arts. 1 a 16), y el segundo, que bajo el título «Beneficios fiscales» establece una bonificación del 99 por 100 en el Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en determinados supuestos (art. 17). Esta reducida ventaja fiscal no permite afirmar que la presente Ley contemple un régimen fiscal especial para las sociedades laborales; sin embargo ello no es óbice para reconocer que es necesaria y urgente una regulación del régimen fiscal de las sociedades laborales que fomente —como reclama la doctrina— tanto la constitución de estas entidades como el acceso al capital de sus trabajadores³.

En este trabajo se centra la atención en el régimen jurídico de la sociedad laboral, de naturaleza societaria, contenido principalmente en la Ley 44/2015, de 14 de octubre de Sociedades Laborales y Participadas (BOE núm. 247, de 15 de octubre), y en las normas que la desarrollan, principalmente el Real Decreto 2114/1998, de 2 de octubre, sobre Registro Administrativo de Sociedades Laborales (BOE núm. 246, de 14 de octubre), que debería haber sido sustituido antes de octubre de 2016 por un nuevo Real Decreto pero al no serlo todavía sigue en vigor (Disposición final cuarta).

Téngase en cuenta además que en lo no previsto en esta Ley serán de aplicación las normas que regulan las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada según la forma jurídica adoptada por la sociedad laboral, como recuerda la Disposición final tercera de la Ley. Normas que se contienen principalmente en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161, de 3 de julio); la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOE núm.

² La Confederación Nacional de las Sociedades Laborales (CONFESAL) propuso a lo largo de este tiempo diversos textos sobre los que poder iniciar el proceso de reforma: un primer texto (PL Confesal 2008) que fue objeto de debate durante un Simposio celebrado en enero de 2008 en Sevilla (el texto y algunas ponencias fueron publicadas en *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*. Ciriec. n° 19 de 2008 pp. 127-13); un segundo texto fechado el 1 de octubre de 2009 (PL Confesal 2009) y un tercero de 4 de febrero de 2013 (PL Confesal 2013).

³ Véase al respecto entre otros: Alguacil, P. (2007, 2008 y 2010); Suberbiola, I. (2013 y 2017); Chavez, R. y Savall, T. (2013); Calvo Vergez, J. (2016); Díez Acimas, L. (2016) o Gutiérrez Bengoechea, M. y Sánchez-Archidona, G. (2016).

82, de 4 de abril) o el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (BOE, núm. 184, de 31 de julio), entre otras normas.

II. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD LABORAL

1. La definición legal de sociedad laboral

La legislación sobre sociedades laborales no define qué es la sociedad laboral, se limita a indicar que podrá ser calificada como laboral, la sociedad anónima (SA) o de responsabilidad limitada (SRL) que, cumpliendo ciertos requisitos así lo solicite. Estos requisitos son según el artículo 1 de la Ley 14/2015: a) que la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido («trabajadores fijos» en lo sucesivo); b) que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social, salvo ciertas excepciones que más tarde veremos, y c) que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores fijos que no sean socios no sea superior al cuarenta y nueve por ciento del cómputo global de horas-año trabajadas en la sociedad laboral por el conjunto de los socios trabajadores.

La Ley define la sociedad laboral inicialmente, como una calificación administrativa que puede concederse a determinadas sociedades mercantiles cuya propiedad es detentada en su totalidad o mayor parte por sus trabajadores fijos. La definición de sociedad laboral se vincula por tanto con los requisitos exigidos para su calificación, sin referencia alguna a la función económica o social que está llamada a cumplir⁴.

⁴ Por el contrario, el PLConfesal 2013 sí hacía referencia al fin perseguido por la sociedad laboral. El artículo primero señalaba «*Podrán ser calificadas como sociedades laborales, las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que tengan como objetivo promover el acceso a la condición de socio de sus trabajadores con contrato por tiempo indefinido, y cumplan los siguientes requisitos:...*». Andreu Martí, M. M. (2017:36) celebra que se haya omitido en la ley la referencia al objetivo de la sociedad laboral por no tener ninguna relevancia jurídica para su calificación, aunque reconoce a continuación que ese objetivo justifica su pertenencia a la economía social, y le incardina con el mandato del art. 129.2 de la Constitución española. Nosotros consideramos además, que sí es relevante recordar en la Ley la finalidad que justifica que una sociedad sea calificada como laboral, sometida a un régimen jurídico particular y acreedora de ciertas ventajas. Además, no debe olvidarse que conocer

Pero para comprender el concepto de sociedad laboral debe tenerse en cuenta no sólo los requisitos exigidos para su calificación (y que veremos a continuación), sino también la razón de ser de tal calificación, lo que nos obliga a revisar aunque sea brevemente los orígenes de esta institución para conocer mejor por qué y cómo surge⁵.

2. La finalidad económico-social de la sociedad laboral: del acceso a la propiedad de la empresa a la creación de empleo estable

La sociedad laboral surge como un modelo particular de organización empresarial diseñado para dar cumplimiento a los requisitos que en su momento se exigían para ser beneficiario de los préstamos que, el Fondo Nacional de Protección del Trabajo (FNPT) concedía por la creación de «empresas en régimen asociativo»⁶. Estos préstamos se concedían en condiciones muy ventajosas, inicialmente a trabajadores desempleados con el fin de constituir cooperativas o acceder a la condición de socio de una cooperativa; y más tarde también, a partir de 1964, con el fin de que trabajadores (desempleados o no) pudieran constituir una empresa en régimen asociativo, cualquiera que fuera su forma jurídica⁷. Téngase en cuenta que

el fin que está llamada a cumplir la sociedad laboral puede favorecer la interpretación de las normas que le son aplicables.

⁵ Más ampliamente sobre los orígenes de la sociedad laboral en Montolio (1986) o Santos (2002).

⁶ El Fondo Nacional de Protección del Trabajo se creó con la *Ley 45/1960, de 21 de julio por la que se crean determinados Fondos Nacionales para la aplicación social del Impuesto y del Ahorro* (BOE núm. 176, de 23 de julio). Según su exposición de motivos el Fondo se destina, entre otros fines, a atender problemas específicos de paro, cuando sean consecuencia de la aplicación de planes de racionalización del trabajo o mejoramiento de instalaciones, así como a facilitar los movimientos migratorios de la población obrera.

⁷ La Orden de 24 de enero de 1964 que ordena la ejecución del III Pla de inversión del FNPT y establece las normas generales de aplicación del mismo (BOE núm. 48 de 25 de febrero) distingue en su capítulo IV (Promoción social de los trabajadores) junto al Grupo tercero (Cooperativismo) un nuevo Grupo segundo titulado: «Acceso a la Propiedad» que ofrece préstamos a trabajadores por cuenta ajena para establecerse como autónomos, y a trabajadores que deseen constituirse en empresa de régimen asociativo. En este caso se exige que los trabajadores (cuyo número no puede ser inferior a tres) constituyan entre sí «cualquier tipo de asociación» para dedicarse a la misma actividad productiva que venían realizando (art. 72). Las condiciones a que han de ajustarse los préstamos serán por analogía las establecidas para los préstamos a cooperadores (art. 73).

esta Orden se aprueba poco después de constituirse el 16 de diciembre de 1963 la primera sociedad laboral: la SALTUV, la Sociedad Anónima Laboral de los Transportes Urbanos de Valencia⁸.

Cabe destacar que la finalidad económico-social perseguida con estos préstamos era —como dice su título— favorecer el «Acceso a la propiedad» de la empresa constituida en régimen asociativo⁹. Pero esta promoción del acceso a la propiedad de su empresa no se daba en todo tipo de empresas sino sólo en las empresas cooperativas, y más tarde también en otro tipo de empresas constituidas en determinadas condiciones. En el primer caso se financiaban las aportaciones a capital que trabajadores desempleados hicieran para constituir la cooperativa, o acceder a la misma una vez constituida; así como las aportaciones que como asociados debían realizar para impulsar la cooperativa (nuevas aportaciones a capital)¹⁰.

En el segundo caso, que es el que nos interesa como antecedente de la sociedad laboral, la promoción de la participación de los trabajadores en el capital de su empresa se concretaba en la financiación de las aportaciones a capital que los trabajadores debían realizar, exclusivamente para constituir la empresa. Los requisitos exigidos para acceder a esa financiación eran en un primer momento que el grupo solicitante estuviera conformado al

⁸ La SALTUV se constituyó por los trabajadores de la CTFV (Compañía de Transportes y Ferrocarriles de Valencia) con el propósito de obtener la concesión del servicio de transportes urbanos de la ciudad de Valencia que hasta ese momento había detentado la CTFV. La SALTUV se constituyó con un capital de 60 millones de pesetas concedido por la Dirección General de Promoción de los Trabajadores y que se integró en la FULTUV (Fundación Laboral de Transportes Urbanos de Valencia, depositaria del capital de la empresa). La FULTUV junto con otros cinco particulares concurren a la constitución de la sociedad laboral y suscribió casi todas las acciones a favor de los trabajadores de la sociedad. Según los estatutos de esta primera sociedad laboral, sus acciones solo podían estar en manos de trabajadores o de la FULTUV. Para Lluís y Navas (1976: 123 ss.), la FULTUV venía a cumplir una función equiparable al Fondo de Obras Sociales en las cooperativas. Sobre los orígenes de la SALTUV-FULTUV puede verse también Salabert (1987: 29 ss.) y Piñol Aguadé (1976: 312 ss.).

⁹ Esta finalidad está en consonancia con las medidas adoptadas a partir de 1960 en diversos países europeos para promover la colaboración entre capital y trabajo como nueva vía de participación de los trabajadores en la empresa (Ojeda Avilés, 1978: 42).

¹⁰ Artículo 16 de la Orden de 18 de septiembre de 1964 por la que se dispone la publicación de las Normas Generales de aplicación del Capítulo IV, Sección 3ª (Cooperativismo) del III Plan de Inversiones del Fondo Nacional de Protección al Trabajo (BOE núm. 231, de 25 de septiembre).

menos por tres trabajadores; que constituyeran entre sí cualquier tipo de asociación para dedicarse a la misma actividad productiva que venían realizando, y que al solicitar el préstamo adjuntasen el proyecto de los estatutos, o los estatutos si ya había sido constituida, y otros documentos que acreditasen la viabilidad del proyecto y del plan de amortización del préstamo¹¹. Más tarde se exige que los estatutos reconozcan que todos los trabajadores tienen derecho a acceder a la sociedad titular de la empresa; que no puede ser miembro de la misma quien no sea trabajador en ella y que en ningún caso un trabajador ostente la mayoría del capital de la misma¹².

A partir de 1979 es cuando por vez primera el Plan de inversión del FNPT denomina a ese proyecto asociativo «sociedad laboral» y define de forma más completa los requisitos que debe cumplir¹³. En particular se establecía que, los trabajadores, al solicitar el préstamo (art. 9.1) [o la subvención de los interés del préstamo concedido por una entidad de crédito (art. 10.1)] para constituir o impulsar una sociedad laboral, debían presentar los estatutos por los que se regía o regiría la entidad. En estos estatutos debía hacerse constar necesariamente: 1. Que el 50 por 100 como mínimo del capital social tenía que pertenecer a los trabajadores; 2. Que ningún socio podía ostentar más del 25 por 100 del capital social; 3. Que los títulos pertenecientes a los trabajadores, sólo podían transmitirse a otros trabajadores de la empresa; 4. Que la modificación de las anteriores menciones estatutarias sólo podía hacerse con la autorización del Fondo (art. 9.5 y 10.3).

Esta orden introduce importantes novedades en la configuración de la sociedad laboral, al permitir la presencia de socios capitalistas¹⁴ y dirigir las ayudas a financiar la aportación de capital que los trabajadores o socios trabajadores realizan tanto en el proceso de constitución como de ampliación de capital de la sociedad laboral. La ayuda no sólo condiciona el destino del préstamo o la subvención, sino que obliga también a que la

¹¹ Artículo 18 de la Orden de 18 de septiembre de 1964, anteriormente citada.

¹² Art. 43 de la Orden de 6 de febrero de 1971 (BOE del 17 de febrero).

¹³ Orden de 12 de enero de 1979 por la que se dispone la publicación de las Normas Generales para la aplicación del XVIII Plan de Inversiones del FNPT (BOE núm. 19 de 22 de enero).

¹⁴ Como dice Salabert (1987: 47) esta normativa recoge lo que en la realidad económica y social era cotidiano, pues en 1979 ya era usual la transformación de sociedades anónimas y limitadas en sociedades laborales en varios sectores de la economía como resultado de la crisis generalizada, y era habitual aceptar que los socios capitalistas de aquellas formasen parte de la nueva sociedad siempre que no superasen el 50% del capital.

sociedad constituida o proyectada cumpla ciertos requisitos. Estos hacen referencia como vemos a la distribución del capital y a las características de sus títulos, porque se pretende que la sociedad esté controlada por los trabajadores, que el control no se concentre en ningún socio en particular, y que los títulos de capital de los trabajadores, si se transmiten, sea en favor de otros trabajadores. Parece razonable que el legislador quiera asegurar que si financia el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, cuando esos títulos se transmitan sea a favor de trabajadores.

Desde la regulación de 1979 hasta la actualidad, han tenido lugar importantes modificaciones en la configuración de las sociedades laborales, tanto en cuanto a los requisitos exigidos para su calificación (como veremos a continuación), como en cuanto a la finalidad socioeconómica perseguida con la misma.

Así, en un primer momento, en los años sesenta, la finalidad prevalente de las ayudas era hacer posible el acceso de los trabajadores a la propiedad de la empresa y por ello el objeto de financiación era la aportación que debían realizar a capital. Esta finalidad quedó reflejada en la Constitución Española de 1978, cuyo art. 129.2 ordena a los poderes públicos establecer los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción¹⁵.

Más tarde y debido a las sucesivas crisis y al descenso del empleo, la razón que justificó estas medidas de apoyo pasó a ser principalmente la creación de empleo¹⁶. La Orden de 1981 para la ejecución del Plan de Inversión de Protección al Trabajo para dicho año, dedicaba el primer Programa a la «Promoción del empleo a través de cooperativas y sociedades laborales» y justificaba que la finalidad de los préstamos era financiar las inversiones que permitan la creación, consolidación y ampliación de puestos de traba-

¹⁵ Según Calvo Ortega (2013:13) la Constitución no hace una expresa referencia a la sociedad laboral como lo hace a la cooperativa porque hasta unos días después no tuvo reconocimiento con tal denominación en una norma jurídica, concretamente la Orden de 12 de enero de 1979; pero estaba presente en la mente del legislador constitucional y en particular en los planes del Ministerio de Trabajo. El art. 129.2 CE contiene según este autor un mandato rotundo pero ha sido aplicado de manera discreta en forma de algunas medidas favorables en la tributación y subvenciones vinculadas normalmente a la creación de puestos de trabajo.

¹⁶ Téngase en cuenta que en esas fechas como consecuencia de las crisis del petróleo de 1973 y 1979 y las medidas de ajuste aplicadas, el desempleo se incrementó notablemente en España, pasando del 6-7% en 1975 al 22,2% en 1985 (Andreu, J. M. 1916).

jo a través de cooperativas y sociedades laborales, por lo que el préstamo se concedía por puesto de trabajo creado como socio trabajador¹⁷.

Esta referencia a la creación de empleo como causa que justifica las ayudas se mantendrá hasta la aprobación en 1986 de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales, e incluso hasta la actualidad. La Orden aprobada en 1986 crea un Programa de apoyo al empleo en sociedades laborales cuya finalidad es —según dice— «*conceder ayudas económicas para la creación o conservación de puestos de trabajo*», aunque lo que realmente subvenciona son los intereses de los créditos que los trabajadores o socios trabajadores van a destinar al capital¹⁸. En esos momentos, aunque todavía no había entrado en vigor la Ley de Sociedades Anónimas Laborales, los beneficiarios de las ayudas podían ser tanto las sociedades laborales como sus socios trabajadores (art. 3)¹⁹.

Hoy en día, la promoción de las sociedades laborales viene regulada por la Orden TAS/3501/2005 de «*fomento del empleo y mejora de la competitividad en las ...sociedades laborales*»²⁰, cuyas subvenciones van dirigidas a:

- a) Fomentar la incorporación, con carácter indefinido, como socios trabajadores en sociedades laborales, de desempleados y trabajadores con contrato de trabajo temporal (no superior a 24 meses y con una vigencia mínima de 6 meses) en la misma sociedad laboral en la que se integran como socios.

¹⁷ Art. 1 B) de la Orden de 27 de marzo de 1981, por la que se dispone que se ponga en ejecución el Plan de Inversiones de Protección al Trabajo para 1981 (BOE 76, de 30 de marzo).

¹⁸ Arts. 2 y 4 de la Orden de 21 de febrero de 1986 por la que se establecen diversos Programas de apoyo a la creación de empleo (BOE 50 de 27 de febrero).

¹⁹ En estos momentos se entiende por sociedad laboral cualquier sociedad mercantil cuyos trabajadores sean propietarios al menos del 51% del capital social y ninguno de sus socios ostente más del 25% del capital (salvo que sea una entidad pública o entidad participada mayoritariamente por entidad pública, en cuyo caso podrá alcanzar hasta el 49%); además, las acciones o participaciones de estas sociedades deben ser nominativas y deben reflejar las limitaciones en orden a su transmisibilidad que establezcan los estatutos y en particular, que las que sean propiedad de los trabajadores sólo pueden transmitirse a otros trabajadores de la misma sociedad o a las entidades públicas y participadas aludidas anteriormente (art. 9).

²⁰ Orden TAS/3501/2005, de 7 de noviembre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para el fomento del empleo y mejora de la competitividad en las cooperativas y sociedades laborales (BOE 270, de 11 de noviembre).

- b) Apoyar el desarrollo de proyectos de creación y modernización de sociedades laborales, mediante una mejora de su competitividad, facilitando así su consolidación (art. 1). En este caso se subvenciona la inversión que realice la sociedad en inmovilizado material o inmaterial siempre que sea necesaria para su puesta en funcionamiento o ampliación, así como la incorporación de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones. Las ayudas pueden consistir en subvenciones directas o bonificación de intereses de los préstamos destinados a financiar estas inversiones (art. 3.2).
- c) Contratar directores y gerentes o asesoramiento; realizar estudios, informes o informes (asistencia técnica).
- d) Realizar actividades de formación, fomento y difusión de la economía social vinculada directamente al fomento del empleo.

Como puede verse, en estos momentos, la finalidad perseguida con las ayudas a las sociedades laborales es principalmente la creación de empleo; y sus beneficiarios ya no son directamente los trabajadores sino la sociedad laboral.

Puede decirse que sigue siendo objeto de fomento el acceso de los trabajadores a la condición de socios («Incorporación de socios trabajadores»); pero prevalece la creación de empleo, en este caso «empleo estable», ya que sólo se subvenciona la incorporación si implica un «incremento del empleo»²¹. En consecuencia, queda excluida de la ayuda, la incorporación como socios, de los trabajadores fijos de la sociedad, cuando son estos los principales beneficiarios del derecho de acceso a la condición de socio según la Ley²² y los que por tanto deberían ser los principales beneficiarios de las ayudas, si éstas pretendieran principalmente promover el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. Además, la ayuda, cuya cuantía depende de la condición del socio incorporado (desempleado, mujer, minusválido, excluido socialmente, etc.) no se da al candidato para su aportación a capital sino a la sociedad como subvención por la incorporación del trabajador, lo que viene a confirmar que estas ayudas ya no se orientan principalmente a promover el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción como reclama la Constitución Española en el art. 129.2.

²¹ Como dice la Orden en su art. 3.1 «La incorporación deberá suponer un incremento del empleo respecto de la media de los últimos 12 meses anteriores a la fecha de incorporación».

²² Art. 6.2 1ª y art. 11.3 principalmente de la Ley 44/2015.

3. Razones para la aprobación de una ley especial para las sociedades laborales

En el anterior análisis se pone de manifiesto la necesidad de distinguir entre la finalidad de la ayuda concedida y los requisitos exigidos a la sociedad laboral para poder beneficiarse de la ayuda. Como vimos, las ayudas estaban inicialmente destinadas a favorecer el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, y posteriormente orientadas a la creación de empleo estable. Pero en todo caso, se exigía la constitución de una determinada entidad o su pertenencia a la misma para poder ser beneficiarios de dichas ayudas. Esta entidad asociativa que a partir de 1979 pasó a denominarse sociedad laboral, debía cumplir ciertos requisitos para que las ayudas se concedieran. Esos requisitos hacían referencia a la distribución del capital y a la limitación de la transmisión de los títulos de propiedad de los trabajadores en favor de otros trabajadores de la sociedad, y no bastaba con cumplir con ellos en el momento en que se solicita y concede la ayuda, sino que se exige su reconocimiento en los estatutos y títulos de la sociedad. En definitiva las órdenes de ayuda exigían que la sociedad laboral se proyectase en el tiempo y no pudiera modificar estas condiciones sin autorización del FNPT²³.

Por otra parte, la exigencia de que las acciones o participaciones de la sociedad, detentadas por los trabajadores, sólo puedan transmitirse a otros trabajadores también implicaba un compromiso para los socios que va más allá del proceso de constitución de la empresa y que por tanto exigirá un control a lo largo del tiempo.

El acceso del trabajador a la condición de socio en una sociedad de capital variable como la cooperativa sólo exige que el candidato lo solicite por escrito²⁴, pero en una sociedad mercantil cuyo capital es fijo, sólo es posible, haciendo una ampliación de capital con emisión de nuevas acciones o participaciones destinadas a los trabajadores; reconociéndoles un derecho de adquisición preferente en caso de transmisión de las mismas o disponiendo la sociedad de acciones o participaciones para este fin. Estas medidas contradicen normas esenciales de las sociedades de capital como son las que reconocen el derecho de preferencia de los socios y accionistas en las ampliaciones de capital²⁵, o en la transmisión de participaciones de

²³ Art. 9. 5. C) 4 Orden de 12 de enero de 1979 anteriormente citada.

²⁴ Art. 13.1 Ley de Sociedades Cooperativas 27/1999, de 16 de julio (BOE 170 del 7 de julio).

²⁵ Art. 93 b, Ley de Sociedades de Capital (RD. Legislativo 1/2010 o LSC).

la sociedad²⁶; y por lo tanto su previsión estatutaria sería nula si no contase con suficiente respaldo legal.

El mantenimiento de esta línea de ayudas se cuestionaba si una Ley no reconocía la sociedad laboral y recogía algunas de estas características y limitaciones²⁷. Por ello puede decirse que la principal aportación de la Ley de sociedades anónimas laborales de 1986 fue la de ofrecer seguridad jurídica, como reconoce su exposición de motivos²⁸. Por una parte al establecer un sistema oficial de calificación y registro de la sociedad, y de control del cumplimiento de los requisitos exigidos; y por otra, al hacer posible que estatutariamente puedan establecerse en favor de los trabajadores no socios, derechos de preferencia en la transmisión de las acciones y en las ampliaciones de capital.

Llegados a este punto puede decirse que la sociedad laboral ya no se presenta como en un primer momento, como una mera calificación administrativa que permite acceder a una serie de ayudas y beneficios, sino que la sociedad laboral pasa a ser una categoría jurídica, con un marco jurídico propio aunque insuficiente, lo que exige ser complementado por las normas que regulan el tipo básico adoptado (sociedad anónima o sociedad limitada), en estos momentos: la Ley de Sociedades de Capital.

La sociedad laboral es por tanto actualmente una forma especial de organización de la estructura corporativa y financiera de una sociedad, que tiene como objetivo crear un modelo de empresa que esté controlado por la mayor parte de sus trabajadores fijos. La sociedad laboral necesitará cumplir con estos requisitos para mantener esa denominación y seguir siendo beneficiaria de las ventajas que la ley otorga a estas entidades, porque cuando no los cumpla incurrirá en causa de descalificación, como veremos a continuación, y perderá su condición legal de laboral.

²⁶ Art. 107. 1 LSC.

²⁷ Más discutible fue en cambio que la forma jurídica elegida para adaptarla a los requerimientos de una sociedad laboral fuera la sociedad anónima, principalmente por su carácter abierto y eminentemente capitalista. Sobre el particular: Batlle (1996: 1524 ss) o Sáenz García de Albizu (1987).

²⁸ Según la exposición de motivos de la ley *«La falta de regulación jurídica suficiente de estas Sociedades ha venido dificultando hasta ahora su promoción, quedando ésta limitada al área financiera. La elaboración de una Ley de Sociedades Anónimas Laborales va a permitir, además de dar una suficiente seguridad jurídica a estas empresas, articular una serie de medidas tendentes a fomentar adecuadamente esta fórmula de organización económica y de participación de los trabajadores en la empresa, de acuerdo con el mandato recogido en el artículo 129.2 de la Constitución española en el que se indica que...»*.

4. La sociedad laboral entre sociedad mercantil y empresa de economía social

Pero la sociedad laboral es más que una sociedad mercantil, pues si bien se constituye tomando como base la estructura de una sociedad anónima o limitada, lo cierto es que tiene una finalidad más próxima a la cooperativa de trabajo asociado que a la sociedad mercantil, y se rige por principios propios de las entidades de la economía social²⁹.

La finalidad que mueve a unos trabajadores a constituir o integrarse en una sociedad laboral suele ser la de generar su propio empleo, o conservarlo, en las mejores condiciones posibles, y no maximizar la rentabilidad económica de su inversión en capital³⁰. Ello se pone de manifiesto a la vista de su funcionamiento económico. En la sociedad laboral no suele haber grandes diferencias en la aportación a capital realizada por los socios, la aportación a capital es más una carga que debe ser asumida por todos, que una oportunidad de inversión que genere beneficios; se pone más interés en remunerar el trabajo que en distribuir dividendos; estos suelen reinvertirse para fortalecer la empresa y asegurar la estabilidad del empleo; cuando el socio ya no puede trabajar no suele tener interés en permanecer en la sociedad, por lo que aspira a recuperar su inversión y los beneficios acumulados.

El perseguir fines distintos al mero reparto de dividendos, imprime en estas sociedades unas peculiaridades que comparte con las llamadas empresas de economía social³¹. Las empresas de economía social (EES) según la Ley 5/2011 de Economía Social³², dan primacía a las personas sobre el capital, su gestión suele ser autónoma, democrática y participativa; los resultados se aplican en función del trabajo aportado o servicio realizado por los socios y no en función de sus aportaciones a capital; las EES promueven la solidaridad interna y con la sociedad favoreciendo el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión

²⁹ Un análisis de las similitudes y diferencias entre cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales puede seguirse en CELAYA (1989:115 ss) o Barberena (1992:387 ss).

³⁰ Como dicen Vidal y Vilaplana (1999: 171) el temor a quedarse sin empleo es el principal factor que históricamente ha explicado el desarrollo de las sociedades laborales.

³¹ Para García Ruiz, E (2013 y 2017:67) la calificación como laboral de una sociedad de capital opera una especie de cambio en su naturaleza jurídica.

³² Ley 5/2011, de 29 de marzo de Economía Social (BOE 76, de 30 de marzo).

social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad; y por último, son entidades independientes respecto a los poderes públicos (artículo 4). La Ley de economía social reconoce expresamente a las sociedades laborales como empresas de la economía social.

Así, puede decirse que la sociedad laboral prioriza el objetivo del empleo estable y de calidad sobre la maximización de los beneficios y su distribución; da prioridad a las personas sobre el capital; promueve la participación de los socios y trabajadores en los órganos sociales; la gestión tiende a ser democrática al no haber grandes diferencias en el capital aportado por los socios, además la propia ley prohíbe que un socio detente más de la tercera parte del capital social; y es solidaria porque favorece la integración como socios de sus trabajadores³³.

Como dice la exposición de motivos de la Ley 44/2015, las sociedades laborales también son por sus fines y principios orientadores, entidades de la economía social, y por tanto, acreedoras de sus políticas de promoción, entre las que figura el mandato a los poderes públicos de crear un entorno que fomente el desarrollo de iniciativas económicas y sociales en el marco de la economía social³⁴.

La sociedad laboral se presenta por tanto como una sociedad mercantil por la forma, pero pertenece a la economía social por sus fines y principios. Esto le convierte como algún autor ha descrito, en una entidad híbrida³⁵. Esta dualidad genera constantes tensiones en su régimen jurídico, que deberían resolverse atendiendo al mandato constitucional que exige a los poderes públicos facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (art. 129.2 CE) Así mismo, como se ha dicho, la aplicación supletoria de la normativa sobre SA y SRL deberá hacerse en consonancia con los objetivos y valores peculiares propios de las sociedades

³³ Sobre la presencia de los principios de la economía social en las sociedades laborales se pronuncian entre otros Díez Acimas (2016: 63).

³⁴ La Ley de Economía Social reconoce como tarea de interés general la promoción, estímulo y desarrollo de las entidades de la economía social y de sus organizaciones representativas, y enumera en su artículo 8 una serie de objetivos que los poderes públicos deben contemplar en sus políticas de promoción de la economía social. Así mismo cabe destacar la Ley 31/2015, de 9 de septiembre (BOE 217, de 10 de septiembre) por la que se adoptan medidas de fomento y promoción de la Economía Social.

³⁵ Alonso Espinosa (1996: 36 y 39).

laborales³⁶. No obstante, también se apuntan otras soluciones por parte de la doctrina, como la que apuesta por la creación de un estatuto jurídico particular para la sociedad laboral que no precise recurrir a la aplicación supletoria de la legislación que regula a las sociedades de capital³⁷. En todo caso, hay que reconocer que el recurso a la SA y SRL para la constitución de una sociedad laboral pone a prueba, como ha dicho la doctrina, la polivalencia funcional de aquellas³⁸.

III. LA CALIFICACIÓN DE LA SOCIEDAD LABORAL. COMPETENCIA Y REQUISITOS

1. Competencias para calificar, descalificar y controlar las sociedades laborales

El origen de la sociedad laboral vinculado a las ayudas procedentes del Fondo Nacional Protección del Trabajo, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) de favoreció que al regularse legalmente la sociedad laboral se creara en este Ministerio, el Registro de Sociedades Anónimas Laborales y más tarde el Registro de Sociedades Laborales. Desde un primer momento la competencia para calificar una sociedad como laboral, para su inspección, control y descalificación en su caso se otorgó al MTSS (art. 4 y 18 LSAL).

La Ley 4/1997 ya tiene presente que algunas Comunidades Autónomas (CCAA) han recibido los correspondientes trasposos de funciones y servicios tanto para otorgar la calificación de «Sociedad Laboral» como para el control del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley y en su caso, la facultad para resolver sobre su descalificación (art. 2 LSL 1997). Estas competencias van asociadas a su vez a la requerida para gestionar el Registro Administrativo de Sociedades Laborales, competencia que también había sido transferida a diversas CCAA. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Ley establece un específico Régimen tributario que será

³⁶ Santos (2002: 4427). Así mismo, concluye más tarde este autor en referencia a la Ley de Sociedades Laborales 4/1997 que «*el sistema de valores y objetivos que han dado lugar a estas normas especiales no puede ser ignorado, no sólo al aplicar éstas, sino también cuando haya que recurrir a las normas “generales” o “comunes” de la LSA o de la LSRL. La interpretación y aplicación de unas y otras no podrá prescindir del espíritu y finalidad de la ley especial*» (2002: 4466).

³⁷ Véase en este sentido a Cano López (1997) o Paniagua (2015).

³⁸ Santos (2002: 4465).

de aplicación a todas las CCAA a excepción de los Territorios Históricos del País Vasco y de la Comunidad Foral de Navarra que cuentan con sus propios regímenes tributarios (disposición adicional primera LSL 1997). La regulación de la sociedad laboral en la medida en que es una sociedad mercantil es competencia legislativa exclusiva del Estado (art. 149.1 6º Constitución Española); pero la ejecución de esta ley y en particular la gestión del Registro administrativo de sociedades laborales y las funciones de calificación, descalificación y control del cumplimiento de los requisitos, es una competencia compartida.

La vigente Ley 44/2015 dedica un precepto (disposición final 2ª) a recordar que la Ley de Sociedades Laborales se dicta como consecuencia de la competencia exclusiva que tiene el Estado sobre legislación mercantil y laboral (art. 149.1 CE), sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las CCAA, así como al amparo del apartado 17º que atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de régimen jurídico de la Seguridad Social en lo que respecta a la disposición final 1ª.

La competencia en materia de calificación y registro de sociedades laborales, control y en su caso descalificación, corresponde al Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MESS) o en su caso, a los órganos competentes de las CCAA (art. 2). La calificación otorgada por una autoridad competente (estatal o autonómica) tendrá plena eficacia en todo el territorio nacional, sin necesidad de que la sociedad realice ningún trámite adicional o cumpla nuevos requisitos³⁹.

La correcta aplicación de esta ley exige la coordinación entre las diversas autoridades que comparten competencias en la materia, a tal efecto la

³⁹ Son órganos competentes en la materia en las distintas Comunidades Autónomas los siguientes: Andalucía (Consejería de Empleo, Empresa y Comercio); Aragón (Departamento de Economía, Industria y Empleo); Asturias (Consejería de Empleo, Industria y Turismo); Illes Balears (Consejería de Trabajo, Comercio e Industria); Canarias (Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda); Cantabria (Consejería de Economía, Hacienda y Empleo); Castilla-La Mancha (Consejería de Economía, Empresas y Empleo); Castilla y León (Consejería de Empleo); Catalunya (Departament de Treball, Afers Socials i Famílies); Extremadura (Consejería de Educación y Empleo); Galicia (Consellería de Economía, Emprego e Industria); Madrid (Consejería de Economía, Empleo y Hacienda); Murcia (Consejería de Desarrollo Económico, Turismo y Empleo); Navarra (Empleo); País Vasco (Departamento de Empleo y Políticas Sociales); La Rioja (Consejería de Educación, Formación y Empleo. Área de Empleo y Formación) o Valencia (Consejería de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo).

Ley anuncia que se llevarán a cabo actuaciones de armonización, colaboración e información entre el Registro del MTSS, el Registro Mercantil y los Registros de las CCAA, y entre otras que se integrará en una base de datos común la información que obre en los distintos registros de las CCAA que sea necesaria para el ejercicio de las competencias atribuidas en materia de supervisión y control de las autoridades competentes (art. 2.1).

2. Requisitos para obtener la calificación de sociedad laboral

Los requisitos necesarios para la obtención de la calificación de sociedad laboral han hecho referencia tradicionalmente —como vimos— a la distribución del capital y a la limitación de la transmisión de los títulos de propiedad de los trabajadores en favor de otros trabajadores de la sociedad, requisitos que debían quedar reflejados en los estatutos de la sociedad y el segundo además, en los títulos de las acciones.

Con la aprobación de la Ley 15/1986 de sociedades anónimas laborales se van a alterar los requisitos exigidos, en buena parte, porque la escritura de constitución que se presenta a la calificación debe incorporar todos los requisitos que la nueva ley exige y no sólo como antes, determinadas cláusulas. Así, a partir de entonces la escritura de constitución deberá recoger la voluntad de los fundadores de constituir una sociedad «laboral»; la aportación de cada socio al capital; las acciones recibidas en pago y los estatutos. Estos incorporarán la expresión «laboral» en su denominación; la representación de las acciones por medio de títulos nominativos; la existencia de dos clases de acciones si se prevé la existencia de socios no trabajadores, y las restricciones en materia de suscripción y transmisión de acciones reservadas a los trabajadores. Para obtener la calificación como sociedad anónima laboral debía presentarse la solicitud y copias de la escritura de constitución (y en su caso de las modificaciones de estatutos que existieran), pero además, la Dirección General de Cooperativas y Sociedades Laborales se reservaba la facultad de exigir cualquier otra documentación que se considerase necesaria para acreditar que la sociedad reunía los requisitos legales para ser calificada como sociedad anónima laboral (artículo 2.2 RD 2229/1986), lo que le permitiría comprobar por ejemplo, la condición de trabajadores de los socios y el tipo de relación laboral que les vinculaba con la sociedad.

Por otra parte, la Ley 15/1986 también regulaba la posible descalificación o pérdida de la condición de sociedad anónima laboral. Esto procedería si durante el funcionamiento de la sociedad ésta excediera los límites en materia de titularidad del capital previstos en los artículos 1 y 5; o

los correspondientes a fondos de reserva y contratación de trabajadores asalariados, que establecía en los artículos 16 y 17. La exigencia de que al menos el 51% del capital social pertenezca a «*los trabajadores que presten en ella sus servicios retribuidos en forma directa, personal*⁴⁰, *cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido*⁴¹ y *en jornada completa*»⁴² (art. 1), y que ningún socio posea acciones que representen más del 25% del capital social (art. 5) eran requisitos necesarios para ser calificada la sociedad como laboral, y también para conservar dicha calificación en el tiempo, puesto que su incumplimiento podría determinar la pérdida de dicha calificación. La necesidad de constituir un Fondo Especial de Reserva (art. 17) o de limitar la contratación de trabajadores fijos que no suscribieran acciones de la sociedad (art. 16), no era un requisito exigido para obtener la calificación como laboral de la sociedad, sino una obligación derivada de su condición de tal. El compromiso de cumplir con estos requisitos conllevaba la obligación para la sociedad de comunicar a la Dirección General de Cooperativas y Sociedades Laborales el incumplimiento de los mismos durante su funcionamiento (artículo 5 RD 2229/1986); y ello sin perjuicio de las funciones de inspección y reclamación que la propia ley reservaba al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en esos casos (artículo 18 Ley 15/1986).

⁴⁰ El trabajo debe ser prestado de forma directa y personal. Con esta mención quiere impedirse según la doctrina la denominada «descentralización productiva» esto es, la sustitución del trabajador a través de las contratas y subcontratas (López Mora, 1987: 9 y 15; Mercader 1997: 55 o Sáez García de Albizu, 2000: 41). Esta referencia también se interpretó como una prohibición a la interposición de cualquier tipo de persona jurídica incluso asociaciones o fundaciones, como en su momento la FULTUV (Valpuesta, 1998:33). Sobre el alcance de la interposición de una persona jurídica también se manifestaron en su momento De Gispert, 1983:289 y Piñol Aguade, 1976:332.

⁴¹ La exigencia de que la relación tenga carácter indefinido excluye al trabajador temporal, cuya relación es inestable. De esta manera se evita un excesivo trasiego de partes sociales (Mercader 1997, 56), ya que estos trabajadores se verán obligados a ceder su participación en cuanto cesen como trabajadores (Valpuesta 1998: 33). Además, con ello se evita que su posición inestable se pueda utilizar para condicionar su voto en las juntas generales. De todos modos, no hay que olvidar que la sociedad podría admitir acciones o participaciones de la clase general, y en este caso también los trabajadores no fijos podrían ser socios.

⁴² La exigencia de trabajar a jornada completa podía justificarse en 1986 porque muchas sociedades procedían de empresas en crisis, pero fuera de este contexto no tiene justificación y por ello desapareció, sobre todo al incentivarse la contratación a tiempo parcial como instrumento de potenciación y activación del mercado de trabajo (López Mora 1987:16ss; Valpuesta 1998:34; Luján 1997:156, Mercader 1997: 1166 y Sáez García de Albizu 2000: 42).

La posterior Ley 4/1997 de Sociedades Laborales se limitaba a señalar que las sociedades (anónimas o de responsabilidad limitada) en las que la mayoría del capital social fuera propiedad de trabajadores que prestasen en ellas servicios retribuidos en forma personal, directa y por tiempo indefinido, podrían obtener la calificación de «Sociedad Laboral» cuando concurrieran los requisitos establecidos en dicha Ley (artículo 1.1), pero no concretaba qué requisitos eran esos⁴³.

El Real Decreto 2114/1998 que regula el Registro Administrativo de Sociedades Laborales y que mantiene su vigencia⁴⁴, establece el procedimiento que debe seguirse para la calificación como laboral de una sociedad (artículo 2.1):

- a) Si se trata de una sociedad de nueva constitución, deberá acompañarse a la solicitud, la escritura de constitución (copia autorizada y copia simple), en la que conste expresamente la voluntad de los otorgantes de fundar una sociedad laboral.
- b) Si se trata de una sociedad preexistente, la solicitud se acompañará de
 - una copia autorizada de la escritura de constitución (y, en su caso, de las escrituras de modificación de los estatutos previos al acuerdo de solicitud de calificación como sociedad laboral), debidamente inscrita en el Registro Mercantil, junto con una copia simple de la misma, así como certificación literal del mismo Registro de los asientos vigentes de la misma; y
 - sendas certificaciones, expedidas por las personas legitimadas para ello, del acuerdo de la Junta General favorable a la calificación de sociedad laboral y de la titularidad del capital social

⁴³ La ley exigía a lo largo de su articulado el cumplimiento de diversos límites y obligaciones, en materia de titularidad del capital, de contratación de asalariados, de restricciones a la transmisibilidad de las acciones y participaciones; obligaciones de transmisión de éstas, de constitución de una reserva especial o de dar participación en el Consejo de administración a los titulares de acciones y participaciones de la clase general.

⁴⁴ El Real Decreto 2114/1998, de 2 de octubre (BOE 246 de 14 de octubre) mantiene su vigencia al no haber sido aprobado un nuevo Real Decreto que regule el Registro Administrativo de Sociedades Laborales, como estaba previsto hacer en el plazo de un año a partir de la publicación de la Ley 44/2015, según estipulaba la disposición final cuarta de ésta.

resultante del libro registro de acciones nominativas o de socios correspondientes.

Esta normativa pone de manifiesto que la información que puede comprobarse para proceder a la calificación de una sociedad como laboral es la que refleje la escritura de constitución⁴⁵ y los libros registro de socios y de acciones nominativas⁴⁶, principalmente, la distribución del capital y la adecuación de los estatutos a la ley. No se recoge expresamente en esta norma, como vimos en su predecesora, la posibilidad de que la Dirección General competente, pueda exigir cualquier otra documentación que considere necesaria para acreditar que la sociedad reúne los requisitos para ser calificada como sociedad laboral.

La vigente Ley 44/2015 de Sociedades Laborales y Participadas establece por su parte, en su artículo 1.2, que, «*Podrán obtener la calificación de “Sociedad Laboral” las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que cumplan los siguientes requisitos*». Esos requisitos hacen referencia a la titularidad del capital (requisitos a y b), que veremos a continuación, y al porcentaje de contratación de trabajadores no socios (requisito c).

Pero éste último, no es realmente un requisito previo para la calificación de una sociedad como laboral como podría pensarse a la vista del tenor literal del artículo 1.2, sino que es una obligación que deberá cumplir la sociedad laboral a lo largo de su existencia, y cuyo incumplimiento, si no lo remedia, podrá depararle la pérdida de la calificación como laboral.

Esta conclusión se obtiene si se tiene en cuenta:

⁴⁵ El contenido de la escritura de constitución incluirá al menos: la identidad de los socios; la voluntad de constituir la sociedad laboral, las aportaciones que realicen al capital social y las acciones y participaciones que reciban a cambio; los estatutos de la sociedad y la identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación de la sociedad (art. 22 LSC).

⁴⁶ El libro registro de socios contendrá información sobre la titularidad originaria y sucesivas transmisiones de las participaciones sociales, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre las mismas. Cada anotación indicará la identidad y domicilio del titular de la participación, del derecho o del gravamen (art. 104 LSC). El libro registro de acciones nominativas por su parte contendrá información sobre las sucesivas transferencia de las acciones, con expresión del nombre, apellidos, razón o denominación social, en su caso, nacionalidad y domicilio de los sucesivos titulares, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre aquellas (art. 116 LSC).

- a) que para calificar como laboral una sociedad no se exige en ningún momento conocer el número de trabajadores de la sociedad ni el tipo de relación laboral que mantienen con la sociedad;
- b) que la legislación precedente, si bien imponía esa obligación y sancionaba su incumplimiento incluso con la descalificación, no exigía cumplir esos límites como requisito previo para la calificación de la sociedad⁴⁷;
- c) que la voluntad implícita en dicha norma es destacar —como dice la exposición de motivos— los rasgos esenciales que caracterizan a la sociedad laboral y entre ellos, que la mayor parte de los trabajadores fijos de ésta son socios de la sociedad⁴⁸, y por último,
- d) que todos los mecanismos de control previstos van orientados a asegurar que dichos límites no se superan «durante el funcionamiento de la sociedad laboral», no con carácter previo a su constitución o calificación⁴⁹.

En definitiva, podríamos decir que para poder ser calificada una sociedad como laboral, deberá constituirse como sociedad anónima o sociedad limitada, redactar sus estatutos respetando además las normas previstas en la Ley de Sociedades Laborales, y acreditar, mediante la escritura de constitución o los libros registro, de socios o acciones nominativas según corresponda, que la mayoría del capital social es propiedad de trabajadores fijos y que ningún socio (salvo ciertas excepciones que veremos más adelante), es titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social.

⁴⁷ En este sentido, se manifestaban los artículos 16 y 17 de la Ley 15/1986, y los artículos 1.2 y 16.1 de la Ley 4/1997.

⁴⁸ La exposición de motivos anuncia que su artículo primero regula el concepto de sociedad laboral y los rasgos esenciales que le caracterizan; y destaca a continuación como novedad, que «*se flexibiliza el marco de contratación de trabajadores no socios y los plazos de adaptación en los supuestos de transgresión de los límites de capital y contratación de trabajadores no socios exigidos para no perder la condición de sociedad laboral*».

⁴⁹ En este sentido se manifiesta el art. 6 del Real Decreto 2114/1998; el art. 1.2 in fine de la Ley 44/2015, o el art. 19.1.f de la Ley 23/2015, de 21 de julio Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE, 174, de 22 de julio). Esta última hace referencia a la actuación de la Inspección en las sociedades laborales a los efectos de comprobar que cumple con las exigencias derivadas de su calificación.

3. Requisitos relativos a la titularidad del capital y su acreditación

Los requisitos que, en esta materia, se deben cumplir para que una sociedad sea calificada como laboral son los siguientes:

1º Que al menos, la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ella servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido.

2º Que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social.

3.1. Mayoría del capital propiedad de los trabajadores fijos

Este requisito ha estado presente, como vimos anteriormente, desde 1979 como condición para tener acceso a las ayudas ofrecidas a las ya denominadas «sociedades laborales». En aquel entonces el límite se marcaba en el 50% del capital social, que como mínimo debía pertenecer a los trabajadores, sin distinción. Más tarde, ya con la Ley 15/1986 se eleva ese mínimo al 51% del capital social en manos de trabajadores que prestan servicios retribuidos en forma directa, personal, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido y en jornada completa (art. 1). Con ello se quiere asegurar que la mayoría del capital y por tanto el control de la sociedad esté en manos de los trabajadores, pero en particular de los trabajadores más comprometidos por razón de su relación contractual (fijos y a tiempo completo). En este momento se opta por diferenciar entre los trabajadores de la sociedad en atención a la duración y condiciones de su contrato, y aunque se admite que todos ellos pueden ser titulares de alguna acción y por tanto socios de la sociedad, la condición de socio-trabajador se reserva a los trabajadores fijos, contratados a tiempo completo⁵⁰.

La Ley 4/1997 mantiene el límite pero sustituye con acierto⁵¹ la referencia al 51% del capital por «la mayoría del capital social». Esta mayoría

⁵⁰ Véase al respecto en Montolío (1986:84). Esta obra relata cómo tuvo lugar la incorporación de la expresión «por tiempo indefinido» durante el debate parlamentario de la Ley (p. 181). Pero esta distinción entre trabajadores fijos contratados a tiempo completo y los demás, no tiene transcendencia más allá de este primer artículo, de forma que los derechos de preferencia que reconoce la Ley (preferencia en la adquisición y suscripción de acciones) se extienden a favor de todos trabajadores en general, sin distinción.

⁵¹ La «mayoría» es un concepto más adecuado que el 51% del capital, ya que como señalaba Valpuesta (1998:29), bastaría con tener una acción o participación más

del capital debía ser propiedad de trabajadores, que prestasen en la sociedad servicios retribuidos en forma personal y directa, y cuya relación laboral fuera por tiempo indefinido (art. 1.1)⁵². Desaparece la exigencia de tener jornada completa, y se subraya la necesidad de que sus servicios se presten de forma personal y directa. Con la primera medida se admite también como socio trabajador a aquellos que tengan una relación a tiempo parcial⁵³.

Antes de seguir adelante conviene aclarar que la exigencia de que un porcentaje mínimo de capital estuviera en manos de los trabajadores fijos, tenía como objetivo asegurar que estos tuvieran el control de la sociedad. Esto es así porque nos encontramos ante sociedades de capital (anónima o de responsabilidad limitada) en las que el derecho de voto se ha hecho depender tradicionalmente de la participación en el capital social. Sin embargo esta ecuación se fracturó a medida que la legislación que regula las sociedades de capital ha ido permitiendo la existencia de acciones y participaciones sociales privadas del derecho de voto, y de participaciones cuyo derecho de voto no tiene porqué ser proporcional al capital que representan⁵⁴. La Ley 4/1997 se aprueba en un momento en que es posible

de la clase laboral que de la clase general y eso puede suponer el 50,0001% del capital. En similares términos se habían manifestado Lázaro Sánchez (1997:26) o Mercader (1997:18).

⁵² En cuanto a la transcendencia que se da a la distinción entre trabajadores fijos y no fijos, cabe decir que si bien todos ellos van a ser beneficiarios de los derechos de preferencia que establece la ley, no lo van a ser en la misma medida, dando preferencia a los primeros y colocando a los segundos a continuación de los socios de la clase general y antes que la sociedad. Este orden de prelación generaba situaciones absurdas como que, en caso de extinción de la relación laboral de un socio se tenga que ofrecer sus acciones o participaciones sociales a los titulares de la clase general antes que darle a aquél la oportunidad de continuar como socio convirtiendo aquellas en clase general (art. 10.1); o que en caso de transmisión mortis causa de las acciones o participaciones del socio fallecido, si se estableció estatutariamente el derecho de preferencia previsto en la ley, no se dé preferencia para su adquisición al heredero trabajador de la sociedad con contrato de trabajo temporal frente al resto de trabajadores no fijos (art. 11).

⁵³ La ampliación del concepto de «socio trabajador» de la sociedad laboral a los trabajadores a tiempo parcial, refleja, como dicen Portellano y Mercader y (1997:57) el ascenso de este tipo de contratación.

⁵⁴ La posibilidad de emitir acciones sin voto se recoge por vez primera en nuestro Derecho en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (RD. Legislativo 1564/1989); con la aprobación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2/1995 desaparece la exigencia de que todas las participaciones

emitir acciones privadas de voto y por ello establece que «No será válida la creación de acciones de la clase laboral privadas del derecho de voto» (art. 5.2), admitiendo en cambio que puedan crearse acciones de la clase general privadas de dicho derecho. Pero la Ley 4/1997 no pudo prever y tampoco limitar que se crearan participaciones sociales de la clase laboral privadas del derecho de voto. Ante la previsible reforma de la Ley que estaba promoviendo Confesal cabían varias alternativas con el fin de dotar a la sociedad laboral de un régimen jurídico más apropiado en esta materia:

- a) Declarar que todas las acciones y participaciones sociales tendrían el mismo valor nominal y los mismos derechos; admitiendo que los estatutos sociales pudieran privar del derecho de voto a las de la clase general.
- b) Reconducir los límites previstos en el artículo primero no al capital sino a los derechos de voto detentados, como en la Ley de sociedades de capital.

Las diversas propuestas de Confesal giraban en torno a esta opción⁵⁵, pero la misma no fue recogida en el proyecto de Ley ni incorporada durante su tramitación. Así que, la Ley 44/2015 sigue aludiendo al capital social como criterio para determinar la laboralidad de la sociedad y en particular dice su art. 1. 2 que podrán obtener la calificación de «Sociedad Laboral» aquellas en las que «al menos la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido»⁵⁶.

sean iguales, y con la Ley 7/2003 que regula la Sociedad Limitada Nueva Empresa se admite también la creación de participaciones sociales que no confieran el derecho de voto.

⁵⁵ Así por ejemplo, la propuesta presentada en 2008 y publicada en RJCiriec 19/2008 decía: «Las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que la mayoría de los derechos de voto pertenezcan a trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido, podrán obtener la calificación de “Sociedad Laboral” cuando concurren los requisitos establecidos en la presente Ley» (art. 1.1). Opción a la que ya aludimos en su momento (Fajardo, 2008:148) y que fue valorada positivamente por la doctrina (Andreu, 2010:5).

⁵⁶ La Ley 44/2015 continúa identificando el «socio trabajador» con el titular de las acciones y participaciones sociales de la clase laboral y limita a éstos los beneficios de la Ley, es decir los derechos de preferencia. Las propuestas de ley realizadas por Confesal sólo reconocían derechos de preferencia si con ello se favorecía la laboralidad de la sociedad, es decir, el mantenimiento o incremento de las acciones y participaciones sociales de la clase laboral. Por lo que no reconocía ese

Esta solución hubiera sido aceptable si el legislador hubiera tomado la precaución de garantizar que todas las acciones y participaciones tuvieran derecho de voto (o al menos las de la clase laboral); fueran del mismo valor nominal y confirieran los mismos derechos de voto, como señalaba el proyecto de ley⁵⁷. Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria se modificó el proyecto y se estableció que: todas las acciones y participaciones de una sociedad laboral, cualquiera que sea su clase *«tendrán el mismo valor nominal y conferirán los mismos derechos económicos, sin que sea válida la creación de acciones o participaciones privadas del derecho de voto»* (art. 5.1 LSL)⁵⁸. La modificación se justificó en aras de liberalizar o facilitar el desarrollo de las sociedades laborales, pero realmente parecen mayores los perjuicios que puede ocasionar que las mejoras⁵⁹. Por una parte porque da pie a establecer discriminaciones entre los socios y entre los socios trabajadores, al permitir que acciones o participaciones sociales de igual valor confieran diferentes derechos de voto⁶⁰; por otra, porque no permite asegurar que los límites al capital sean eficaces, ya que hace posible que los trabajadores tengan la mayoría de capital pero no de votos y por tanto tampoco el control, y por último, porque priva a la sociedad laboral de disponer de accio-

derecho si su ejercicio traía como consecuencia la conversión de los títulos de la clase laboral en general. Crítico con la exclusión del derecho de preferencia en favor de los trabajadores temporales de la sociedad laboral se manifiesta Paniagua (2015: 22).

⁵⁷ En el artículo 5.1 del Proyecto de Ley de Sociedades Laborales (BOCG. Congreso, de 22.05.2015).

⁵⁸ Durante la tramitación parlamentaria el Grupo Parlamentario de Unión, Progreso y Democracia (UPD) presentó una enmienda a dicho artículo (Enmienda núm. 16 BOCG. Congreso, de 30.06.2015 p. 12) proponiendo el texto que finalmente fue aprobado, y que se justificó como *«Mejora técnica»* Más tarde, en el debate sobre las enmiendas presentadas, el portavoz de UPD defendía que el objetivo perseguido con la enmienda era *«contribuir a liberalizar o facilitar el desarrollo de las sociedades laborales y participadas»* (Diario de Sesiones del Congreso. Comisión de Empleo y Seguridad Social, nº 861, de 8.07.2015 p. 4).

⁵⁹ Esta norma también ha sido criticada por Andreu, M. M. (2017:38-39) aunque parece restarle importancia por el hecho de que en la práctica no suele generar problemas esta cuestión. No lo ha generado hasta ahora pero podría generarlos en el futuro, por lo que para evitarlos sería recomendable que estas sociedades establecieran en sus estatutos que las acciones o participaciones sociales conferirán los mismos derechos, comprendiendo también los derechos políticos como el voto.

⁶⁰ Como dice Díez Acimas (2016:68) no tiene fácil justificación en una figura empresarial de la economía social la existencia de acciones que tengan privilegios sobre otras.

nes y participaciones de la clase general sin voto, que podrían favorecer su financiación reteniendo sus trabajadores el control de la sociedad⁶¹.

3.2. Ningún socio debe ser titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social

Este requisito que busca garantizar la dispersión del capital, también ha estado presente desde la primera configuración de la sociedad laboral en 1979, y responde al propósito de evitar que un solo socio pueda controlar la sociedad. En aquel momento se exigía que ningún socio detentara más del 25% del capital⁶², y así se incorporó a la Ley 15/1986; pero esta señaló algunas excepciones, permitiendo que las entidades públicas, y personas jurídicas en cuyo capital participara mayoritariamente el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, pudieran detentar hasta un 49% del capital social (art. 5.2). La Ley 4/1997 mantuvo esta excepción siempre que no alcanzase el 50% del capital y la extendió a las asociaciones y otras entidades sin ánimo de lucro⁶³; y por otra parte, incrementó el porcentaje máximo admisible en poder de un solo socio a la tercera parte del capital social (art. 5.3). Con esta nueva medida se hace posible la constitución de una sociedad laboral con tres socios⁶⁴.

⁶¹ La posibilidad de que pudieran crearse en las sociedades laborales acciones o participaciones de la clase general privadas del derecho de voto había sido bien acogida por la doctrina: Cano (2008: 165) o más recientemente García Ruiz (2013: 270).

⁶² Este límite implicaba que para constituir una SAL fuera necesario como mínimo la presencia de cuatro socios.

⁶³ Muy críticos con esta norma se manifestaron en su momento Valpuesta (1998:43-45) y García de Albizu (2000:216-221), tanto en relación con la presencia anacrónica de las entidades públicas como con la ausencia de otros actores, como podrían ser las sociedades limitadas.

⁶⁴ Sin embargo no fue esta la razón alegada en la exposición de motivos de la ley para tal cambio, sino obviar la descalificación ante adquisiciones a veces inevitables, como las herencias, o convenientes como las que proceden del ejercicio del derecho de adquisición preferente. Razones que no convencieron a la doctrina (Valpuesta, 1998:44 y Cano López, 1997:204). Sobre las causas de superación de los límites: Sáenz García de Albizu (2000: 291-292).

Este límite al capital máximo por socio refleja —en opinión de Calvo Ortega— que la sociedad laboral es una sociedad de capital con apertura a criterios democráticos que además, potencia el liderazgo⁶⁵.

La vigente Ley 44/2015 si bien mantiene este límite general por el que ninguno de los socios puede detentar acciones o participaciones que representen más de la tercera parte del capital social, establece novedades en cuanto a las excepciones admisibles a esta regla general.

- a) Por una parte, se mantiene la excepción en favor de las mismas entidades jurídicas asociadas a la sociedad laboral (entidades públicas, de participación mayoritariamente pública y entidades no lucrativas)⁶⁶ pero se amplía también a las entidades de la economía social (cooperativas, asociaciones, sociedades agrarias de transformación, u otras sociedades laborales por ejemplo)⁶⁷.
- b) Por otra, se establece una nueva excepción como consecuencia de la admisión de sociedades laborales constituidas por dos socios. En este caso, dice la Ley que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite establecido en este apartado. Por tanto, en el caso de constituirse una sociedad con dos socios necesariamente cada socio deberá detentar el 50% del

⁶⁵ Ello es así porque considera que la sociedad laboral es un tipo intermedio entre la sociedad de capital donde el voto es proporcional al capital, y la cooperativa, donde el voto es democrático, en concreto dice que «*la sociedad laboral se rige por criterios democráticos, ya que ningún socio puede tener más de un tercio del capital social*», Calvo Ortega (2013:28). Sobre la presencia de criterios democráticos en la sociedad laboral también se han pronunciado entre otros: Cano (2008: 164); García Ruiz (2013: 253) o Paniagua (2015: 16).

⁶⁶ Sobre la participación de una entidad pública o una sociedad pública, se pregunta García Ruiz (2013: 266-267) que porqué iba a querer invertir capital público en una sociedad donde siempre estaría en minoría. Y si el objetivo fuera obtener recursos económicos obviando los inconvenientes que presentan las subvenciones y ayudas públicas, considera que el contrato de sociedad estaría viciado por falta de voluntad efectiva del socio público.

⁶⁷ La doctrina se ha manifestado a favor de esta extensión por lo que hace a la participación de las entidades de la economía social y en particular a otras sociedades laborales, lo que puede favorecer la articulación de grupos de sociedades laborales. Véase entre otros: CANO (2002b:5349) y (2008:169) u Olavarría, (2008:176).

capital social, pero esta situación será excepcional y limitada en el tiempo⁶⁸.

3.3. Acreditación de los anteriores requisitos

Los anteriores requisitos deberán acreditarse para obtener la calificación como sociedad laboral. El Real Decreto 2114/1998 que regula el Registro Administrativo de Sociedades Laborales distingue —como vimos— según se trate de una sociedad de nueva constitución o no. En el primer caso, deberá acreditarse la titularidad del capital presentando la escritura de constitución que incluye los estatutos sociales, y en el segundo caso, presentando además el libro registro de acciones nominativas o de socios (art. 2.1). La escritura de constitución indicará la identidad de los socios y la aportación al capital social que cada uno haya realizado (art. 22 LSC); los estatutos además harán referencia a la cifra de capital social, las acciones y participaciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa (art. 23.d LSC). El libro registro de socios y el de acciones nominativas informarán de la identidad de los socios y titulares de las acciones respectivamente, y del número de participaciones y acciones que poseen (arts. 104 y 116 LSC).

Sin embargo, no hay ninguna norma que exija indicar en la escritura de constitución o en el libro registro de acciones nominativas o de socios, si el titular de las acciones o participaciones es trabajador de la sociedad y si su contrato es fijo o temporal. Solamente la indicación de la existencia de dos clases de acciones o participaciones harán presuponer que el titular de las de la clase laboral es un trabajadores fijo de la sociedad. Hubiera sido conveniente, como justificamos en otro momento⁶⁹, que la escritura y los libros registros al identificar a los socios y accionistas

⁶⁸ El Dictamen emitido por el Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de esta Ley el 13 de mayo de 2015, consideraba que esta excepción no estaba suficientemente justificada y era difícil entender los motivos que la fundamentaban. Pero realmente esta medida responde a la generalizada reducción del requisito relativo al número mínimo de socios exigido para constituir una sociedad, que no sólo ha afectado a las sociedades de capital, donde es suficiente con la presencia de un socio (sociedades unipersonales), sino también a las cooperativas, y en particular a las cooperativas de trabajo asociado, que han visto reducido su número mínimo a dos. Esta reducción también se ha previsto con carácter excepcional aunque no siempre con carácter limitado en el tiempo. Así por ejemplo, la Ley valenciana de cooperativas 2/2015, de 15 de mayo (artículos 9.3 y 89.1).

⁶⁹ Fajardo (2014).

recogieran información sobre su condición de trabajador de la sociedad y en particular de si es un trabajador fijo o no, dado que es la única documentación exigible para poder acreditar que la sociedad cumple los requisitos señalados.

IV. OTROS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA CONSERVACIÓN DE LA CALIFICACIÓN LABORAL

Como vimos anteriormente, los requisitos exigidos para calificar una sociedad como laboral son, por una parte, que esté constituida como sociedad anónima o sociedad limitada y que sus estatutos respeten además las normas previstas en la Ley de Sociedades Laborales; y por otra, que acredite que la mayoría del capital social es propiedad de trabajadores fijos de la sociedad y que ningún socio (salvo las excepciones previstas en la Ley) sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social. Estos requisitos deben cumplirse inicialmente para adquirir la calificación de laboral y a lo largo del tiempo si se quiere conservar la condición de sociedad laboral. El incumplimiento de estos requisitos traerá como consecuencia, como establece el artículo 15, la descalificación de la sociedad, lo que supone en principio la pérdida de la condición laboral además de otras consecuencias como veremos más adelante.

Pero estos no son los únicos requisitos que se deben cumplir para conservar la calificación de sociedad laboral, el artículo 15 hace referencia a otros dos: el número de horas-año trabajadas por trabajadores fijos no socios no puede exceder de ciertos límites previstos en el art. 1.2 c, de la Ley; y se deberá dotar una reserva especial, conforme a lo previsto en su artículo 14.

1. La limitación del número de trabajadores fijos no socios

Este requisito se estableció por vez primera en la Ley 15/1986, cuyo artículo 16 limitaba el número máximo de trabajadores no socios de la sociedad laboral con relación laboral por tiempo indefinido, al 15 por 100 del total de socios trabajadores (sin hacer expresa referencia al tipo de contratación de éstos). Este límite no incluiría a los trabajadores con contrato de duración temporal no superior a la señalada en el Estatuto de los Trabajadores. Entre las razones esgrimidas por la doctrina para justificar esta limitación se ha señalado que una contratación excesiva de mano de

obra distorsionaría el concepto de sociedad laboral⁷⁰. El incumplimiento de este requisito, es decir, la superación de este límite podría tener como consecuencia la pérdida de la condición de sociedad laboral (art. 18).

Este requisito se mantuvo con la ley 4/1997 pero se introdujeron algunas novedades. Por una parte, el criterio de comparación empleado dejó de ser el número de personas para pasar a ser el número de horas-año trabajadas⁷¹. Y se incorporaron dos nuevas excepciones además de los «trabajadores con contrato de duración determinada». Por una parte, si la sociedad tenía menos de 25 socios trabajadores, como sería la mayoría, el porcentaje máximo no sería el 15% de las horas año trabajadas por los socios trabajadores, sino el 25%. Por otra parte, para calcular estos porcentajes se excluían también a los trabajadores contratados con discapacidad psíquica en grado igual o superior al 33 por 100 (art. 1.2). La superación de estos límites también podría acarrear la pérdida de la calificación como sociedad laboral (art. 16).

La aplicación de esta ley puso de manifiesto que muchas sociedades laborales terminaban descalificadas por incumplimiento de este requisito⁷². Las razones podían ser diversas, desinterés de los trabajadores fijos en hacerse socios, dificultad para cumplir los requisitos exigidos para ser socios, etc. El caso es que se debatió ampliamente sobre la conveniencia de mantener este requisito y en todo caso, de mejorar las condiciones que favorecieran el acceso al capital de los trabajadores de la sociedad laboral⁷³. Finalmente el legislador optó por mantener el requisito pero relajando sus

⁷⁰ López Mora (2002:21) o Portellano y Mercader (1997:1167). Para López Gandía (2006:77) se trata también de evitar que los socios trabajadores acaben convirtiéndose en empleadores de los trabajadores no socios, apropiándose del resultado del trabajo de éstos.

⁷¹ La doctrina había calificado el anterior criterio de arbitrario e ilógico, Valpuesta (1998:36) o Lanzas (1987: 693).

⁷² Martín López (2010:109).

⁷³ Durante el Simposio organizado por Confesal en 2008 (citado en las primeras notas) se propuso entre otras medidas establecer un elenco de supuestos en los que no computarían como trabajadores asalariados siguiendo el modelo de la Ley de Cooperativas 27/1999 en su artículo 80.7 relativo a las cooperativas de trabajo asociado. Este precepto establece que las horas/año realizadas por trabajadores no socios no podrá ser superior al 30 por 100 del total de horas/año realizadas por los socios trabajadores, pero sin computar entre otros: los trabajadores integrados por subrogación legal; lo que se negasen explícitamente a ser socios; los que sustituyan a otros en situación de excedencia, o incapacidad laboral; los que presten sus servicios en centros de trabajo de carácter subordinado o accesorio;

límites. Así el artículo 1.2 c exige que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios no sea superior al cuarenta y nueve por ciento del cómputo global de horas-año trabajadas en la sociedad laboral por el conjunto de los socios trabajadores, no computando para el cálculo de este límite, el trabajo realizado por los trabajadores con discapacidad de cualquier clase, en grado igual o superior la treinta y tres por ciento⁷⁴. La norma fue duramente criticada por el Consejo Económico y Social de España en su Dictamen sobre el Anteproyecto, llegando a afirmar que la misma podría entrar en colisión con los principios sustanciales sobre los que se sustentan las sociedades laborales, y pudiendo afectar a su definición como tal. El Dictamen critica en particular que se aumente el límite de las horas-año trabajadas por los trabajadores y se haga con independencia del tamaño de la sociedad laboral. Poner en duda la condición de laboral de la sociedad por razón de la nueva norma parece excesivo si se tiene en cuenta que este requisito no existía cuando se diseñó la sociedad laboral, lo importante en una sociedad laboral era que los trabajadores pudieran acceder a la condición de socio y eso es lo que habría que favorecer y garantizar. Por otra parte, el requisito se ha establecido con carácter general para todas las sociedades laborales posiblemente porque la gran mayoría de las sociedades laborales son pequeñas empresas o microempresas⁷⁵. No obstante también hay que reconocer que otras opciones son posibles y se tomaron en cuenta para su incorporación

los contratados en prácticas o formación o en virtud de cualquier disposición de fomento del empleo de disminuidos físicos o psíquicos.

⁷⁴ La norma fue criticada por el Consejo Económico y Social de España, en su Dictamen sobre el Anteproyecto. Según este Dictamen, el CES no la comparte porque entraña el riesgo de diluir o desdibujar características y fines que configuran las sociedades laborales y los equilibrios en los que se asienta. En particular critica: la elevación del máximo de trabajo asalariado permitido a la sociedad; la desaparición de la referencia al tamaño de las sociedades como criterio de modulación de esa variable, y los cambios en los plazos para reacomodar la situación a la Ley cuando se superen determinados límites.

⁷⁵ Según datos del Ministerio de Empleo a 30 de septiembre de 2017 el 80% de las sociedades laborales tienen 50 trabajadores o menos, y el 50% tiene 10 trabajadores o menos. Pero debe tenerse en cuenta que estos datos hacen referencia a trabajadores en general, es decir incluye tanto los trabajadores que son socios como los que no, por lo que si sólo se tomaran en cuenta los trabajadores que son socios los porcentajes serían mucho más altos.

http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/EconomiaSocial/estadisticas/SociedadesAltaSSocial/2017/3TRIM/PUBLICACION_SS_032017.pdf.

en la ley, aunque finalmente no fueran admitidas, como puede ser excluir del cómputo a los trabajadores que se nieguen expresamente a ser socios (como en la cooperativa de trabajo asociado)⁷⁶.

2. La constitución y dotación de la Reserva Especial

La sociedad laboral una vez constituida, viene obligada a crear junto a la reserva legal, contemplada en el artículo 274 LSC, y las previstas estatutariamente, una reserva denominada en la ley «Reserva Especial». Inicialmente la Ley 15/1986 exigía que se dotara esta reserva (o Fondo Especial de Reserva como le llama) con el 10 por 100 de los beneficios líquidos de cada ejercicio, que fuera irrepartible, excepto en caso de disolución, y que se destinase a los mismos fines que las demás reservas (artículo 17). El incumplimiento de este requisito podría entrañar la pérdida de la condición de laboral de la sociedad (art. 18). Con la Ley 4/1997, se mantiene el requisito pero se restringe su destino, ya que sólo podía usarse para compensar pérdidas en el caso de que no existieran otras reservas disponibles suficientes para este fin (art. 14). La falta de dotación de este Fondo especial de reserva, su dotación insuficiente o su aplicación indebida podrían entrañar la pérdida de la calificación laboral de la sociedad (art. 16).

La existencia y justificación de esta reserva también ha sido objeto de discusión sobre todo desde que dejó de ser irrepartible. No se justifica que venga a reforzar la solvencia de la sociedad ya que ésta cumple con las mismas garantías que las demás sociedades mercantiles, e incluso con prácticas más conservadoras ya que, al tener la compensación del salario, sus socios tienden a reinvertir sus beneficios. La única razón que al parecer puede justificar en estos momentos su existencia es que contribuya a facilitar el acceso de los trabajadores a la condición de socios. Por ello, la Ley 44/2015 ha mantenido el requisito de constituir y dotar anualmente esta reserva, pero se introducen importantes novedades. Por una parte, esa dotación obligatoria ya no es indefinida sino hasta que dicha reserva alcance al menos una cifra superior al doble del capital social (art. 14.1); por otra parte, la reserva podrá destinarse además de a compensar pérdidas del ejercicio, a la adquisición por la sociedad de sus propias acciones o participaciones para su posterior enajenación en favor de los trabajadores fijos no socios (art. 14.2). Esta ulterior transmisión deberá realizarse en las condiciones previstas en el artículo 12 de la Ley. Al igual que en la ley precedente, la

⁷⁶ Díez Acimas (2016: 68).

falta de dotación, la dotación insuficiente o la aplicación indebida de la reserva especial, es causa de pérdida de la calificación como laboral de la sociedad (art. 15,1 2ª).

V. EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR RAZÓN DE LA CALIFICACIÓN LABORAL

Todos los requisitos vistos con anterioridad, hagan referencia a los estatutos, composición del capital, porcentaje de trabajadores fijos no socios o dotación a la reserva especial, deben cumplirse a lo largo del tiempo si se quiere conservar la calificación de laboral de la sociedad.

Con esta finalidad, la ley establece una serie de medidas de control que contribuyen a conocer y prevenir el incumplimiento de dichos requisitos. Estas medidas tienen como destinatarios de las mismas, en unos casos a la sociedad (a, b, c, d, e, y f) y en otros a instituciones como el Registro Mercantil (g) o el Juez (h).

- a) Deber de restaurar los requisitos relativos a la composición del capital, en caso de transgresión. La Ley establece que en caso de transgresión de estos límites, la sociedad deberá acomodar a la ley la situación en el plazo de dieciocho meses a contar desde el primer incumplimiento (art. 1.2 b y 1.3). Esa transgresión puede haberse producido como consecuencia de la transmisión de acciones o participaciones, o tras una ampliación de capital con la consiguiente suscripción de nuevas acciones o asunción de nuevas participaciones. En todo caso, los administradores, sin necesidad de acuerdo de la junta general, deberán adecuar la clase de acción o participación (general o laboral) a la condición del socio adquirente (trabajador fijo o no), como establece el art. 5.3, o del socio suscriptor de nuevas acciones o participaciones. Una vez adecuada la clase de acción o participación a la condición de su titular deberá comprobarse que el importe representado por las acciones o participaciones de la clase general no supera el importe que representan las de la clase laboral. Si se comprueba que se han trasgredido los límites previstos en la Ley deberá procederse a su restauración y para ello la sociedad puede utilizar varias vías. Entre otras, proponer transmisiones inter socios o con la sociedad; transmitir acciones y participaciones de la sociedad, o emitir nuevas acciones o participaciones, para restablecer el equilibrio, como prevé el artículo 11.1 de la Ley.

- b) Deber de someter al consentimiento de la sociedad determinadas transmisiones. Otra medida de control que establece la Ley y que ya recogía la PL Confesal 2009 en su artículo 7.7, es someter al consentimiento de la sociedad aquella transmisión cuya realización conlleve la superación de los límites legales (6.3). Esta medida se incorporó como un límite más; podía haberse prohibido o declarado nula esa transmisión, puesto que pone a la sociedad en riesgo de descalificación, pero se dejó a criterio de la sociedad para que esta tomara conocimiento de la situación y pudiera pronunciarse. Ese consentimiento debía ser prestado inicialmente por la junta general, pero finalmente el texto aprobado asignó tal competencia al órgano de administración. Dice el art. 6.3 (párrafo 2º) que el consentimiento se expresará mediante acuerdo del órgano de administración en el plazo de un mes y sólo podrá denegarse si se propone, por parte de dicho órgano, la identidad de una o varias personas que adquieran las acciones o participaciones que sobrepasen los límites previstos en el artículo 1. El cambio del órgano competente tiene la ventaja de que agiliza el trámite, pero el riesgo de que deja en manos de los administradores la posibilidad de abocar a la sociedad a la descalificación. Si como consecuencia del acuerdo del órgano de administración se lleva a cabo la transmisión y se superan los límites legales, se aplicará el art. 1.2 b que obliga a restaurar la situación en el plazo de dieciocho meses, si se quiere mantener la calificación como laboral.
- c) Deber de informar a los socios de los cambios en la titularidad de las acciones o participaciones de la sociedad. Esta medida facilita el control por parte de los socios del cumplimiento de los requisitos relativos a la composición del capital de la sociedad laboral. Según el artículo 5.4 la sociedad deberá reflejar en la Memoria anual de las sociedades laborales las variaciones experimentadas en relación con la composición del capital (art. 5.4). La memoria forma parte de las cuentas anuales que deben formular y firmar los administradores de la sociedad laboral, y por tanto, deban auditarse o no, en todo caso se someterán al conocimiento y aprobación de los socios en la junta general y se depositarán para conocimiento público en el Registro Mercantil (arts. 253 a 284 LSC). Así, además de las menciones exigidas legalmente conforme establece el artículo 260 LSC, la sociedad laboral deberá dar cuenta de los cambios que hayan tenido lugar durante el ejercicio económico en relación con la composición del capital social. Dado que todas las acciones y participaciones tendrán el mismo valor nominal (art. 5.1) sería suficiente informar sobre las

transmisiones realizadas durante el ejercicio, número resultante de acciones o participaciones de la clase laboral y general al momento del cierre, y número de acciones o participaciones de que es titular cada socio en dicho momento. Esta información permite a los socios conocer el equilibrio existente entre socios, y dentro de éstos entre trabajadores o no; y también prever situaciones de riesgo para la calificación o simplemente no deseables para el equilibrio de la sociedad.

- d) Deber de restaurar el requisito relativo al límite máximo de horas-año trabajadas por trabajadores fijos no socios. Señala al respecto la Ley que si se superaran los límites previstos en el art. 1.2 c, la sociedad deberá alcanzarlos de nuevo en el plazo máximo de 12 meses, o de 36 meses en los casos de subrogación legal o convencional de trabajadores. Estos plazos podrán ampliarse con dos prórrogas por un plazo máximo de doce meses cada una, solicitándolo al órgano del que dependa el Registro de Sociedades Laborales y acreditando en cada solicitud de prórroga que se ha avanzado en el proceso de adaptación a los límites previstos⁷⁷. Esta norma también fue criticada por el CES en su Dictamen al Anteproyecto, alegando que como no se explicitan los criterios por los cuales puede autorizarse la ampliación de los plazos, deja un amplio margen de discrecionalidad, generando incertidumbre e inseguridad jurídica. Realmente lo que ocurre es que cambia el sistema. Con la ley 4/1997 una vez superado el límite debía comunicarse para «su autorización» por el órgano del que dependía el Registro, según las condiciones y requisitos establecidos reglamentariamente, y una vez autorizado, la sociedad disponía de tres años para ir reduciendo cada año como mínimo una tercera parte «del porcentaje en que inicialmente se exceda o supere el máximo legal». Con la vigente Ley, si se superan los límites sólo hay que comunicarlo al Registro (que no tiene que autorizar nada) e intentar en 12 meses restablecer la situación. Si no lo consigue puede pedir una o dos prórrogas al Registro que se concederán si se acredita «que se ha avanzado en el proceso de adaptación a los límites previstos». Con la reducción del plazo inicial de 3 años a 12 meses, así como con la supresión de la autorización administrativa, se pretende agilizar la restauración de la situación, pero realmente el

⁷⁷ La anterior Ley 4/1997 establecía un plazo máximo de tres años para alcanzar de nuevo estos requisitos, pero exigía a su vez que cada año como mínimo se redujera en una tercera parte la diferencia (art. 1.2).

sistema es más flexible porque el plazo se ampliará en la medida en que se avance en el cumplimiento del objetivo, y en definitiva podrá disponer igualmente de hasta tres años para ello.

- e) Deber de informar al Registro de Sociedades Laborales en relación con la superación de los límites relativos a la composición del capital y al porcentaje de trabajadores fijos no socios. Según el artículo 1.3 de la Ley, la sociedad deberá comunicar al Registro de Sociedades Laborales tanto el hecho de haberse superado los límites, como las circunstancias que han originado esa situación, y en su caso, la realización de la adaptación de nuevo a los límites. Esta comunicación debe tener lugar en el plazo de un mes desde que se hayan superado los límites. Esta comunicación advertirá a la administración del riesgo existente y permitirá seguir el proceso de restauración de la situación. Una vez adaptados los límites a la ley deberá comunicarse de nuevo al Registro en el mismo plazo. Si se superan los límites y no se procede en plazo a su restauración se incurre en causa de descalificación.
- f) Deber de informar al Registro de Sociedades Laborales sobre la modificación de estatutos que afecten a la denominación, la composición del capital social o al régimen de transmisión de las acciones o participaciones, antes de proceder a su inscripción en el Registro Mercantil, para que aquel dicte resolución por la que se declare que tal modificación no afecta al mantenimiento de su condición de sociedad laboral, conforme establece el artículo 5.2 (RD 2114/1998). Si el Registro de Sociedades Laborales considera que dicha modificación estatutaria es incompatible con el mantenimiento de la condición laboral de la sociedad, deberá informar de ello a la sociedad para que tome las medidas oportunas: adecuarse a las normas legales o adoptar el acuerdo de descalificación y consiguiente transformación o disolución (art. 15.4).
- g) Deber del Registro Mercantil de abstenerse de practicar ciertas inscripciones que supongan modificación de los estatutos de una sociedad laboral. El artículo 4.4 ordena al Registro no practicar ninguna inscripción que suponga una modificación de los estatutos en relación con la denominación, domicilio social, composición del capital social o régimen de transmisión de acciones y participaciones, sin que se aporte por la misma certificado del Registro de Sociedades Laborales del que resulte, o bien la resolución favorable de que dicha modificación no afecta a la calificación de la sociedad como laboral, o bien la anotación registral del cambio de domicilio. No todas esas

informaciones son relevantes para la conservación de la calificación laboral. No lo es la modificación del domicilio social⁷⁸. Si la sociedad que pretende la inscripción de la modificación de los estatutos no aporta el certificado que acredita la resolución favorable del Registro de Sociedades Laborales (visto en el aportado anterior), el Registro Mercantil deberá abstenerse de practicar dicha inscripción. Si por el contrario, se presenta la resolución favorable y el Registro Mercantil procede a la inscripción, deberá informar de ello al Registro de Sociedades Laborales en los términos previstos en el artículo 4.5.

- h) Deber del Juez de informar al Registro de Sociedades Laborales sobre determinados hechos. Según el artículo 4.7 de la Ley, el Juez que conozca de la impugnación de algún acuerdo social que afecte a la denominación, composición del capital o al cambio de domicilio, deberá poner en conocimiento del registro del que dependa la sociedad en cuestión, la existencia de la demanda y las causas de impugnación, así como la sentencia que se dicte. Esta medida pretende advertir de la superación de los requisitos que exige la calificación laboral de la sociedad, como consecuencia de la aplicación de una resolución judicial.

VI. LA DESCALIFICACIÓN DE LA SOCIEDAD LABORAL. CAUSAS, PROCEDIMIENTO Y CONSECUENCIAS

La superación de los límites vistos, relativos a la composición del capital y al porcentaje de trabajadores fijos no socios; y el incumplimiento de las obligaciones relativas a la reserva especial, constituyen causas legales de pérdida de la calificación como sociedad laboral. Pero la descalificación también puede tener lugar sin la concurrencia de ninguna causa sino por voluntad de los socios manifestada en junta general⁷⁹.

En cuanto al procedimiento previsto para la descalificación, la Ley establece alguna norma pero remite al Real Decreto que debía regular el Re-

⁷⁸ Esta modificación puede afectar al ámbito de actuación de otro registro administrativo, de ahí la importancia de informar sobre esa circunstancia (artículo 4.6 y artículo 2.1).

⁷⁹ Como dice al actual art. 15.4 de la LSL «*La sociedad también perderá la calificación de laboral por acuerdo de la Junta General, adoptado con los requisitos y las mayorías establecidas para la modificación de los estatutos*», esto es, las mayorías establecidas en los arts. 199 a, y 201.2 LSC.

gistro de Sociedades Laborales (art. 15-3). Normativa que debía haber sido aprobada en octubre de 2016, según establece la Disposición final cuarta de la Ley, y que todavía no ha visto la luz.

Si la descalificación trae su origen en la concurrencia de una causa legal, será el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, o el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente, quienes, tras verificar la existencia de la citada causa legal y la instrucción del oportuno expediente, descalificará a la sociedad como laboral, ordenando su baja en el Registro de Sociedades Laborales.

La verificación de la existencia de la causa legal puede tener lugar:

- a) Porque la administración por sus propios medios adquiere conocimiento del incumplimiento de los requisitos.
- b) Por información de la sociedad, sin que en el plazo máximo previsto para la restauración de los requisitos se haya conseguido ésta.

En el supuesto b) la sociedad conoce la situación, ha informado de ello y posiblemente habrá intentado superar la situación, aunque no lo haya conseguido. En el supuesto a) la sociedad puede haber conocido la situación de transgresión o no, pero no se ha previsto un plazo para que, una vez conocida la situación por la Administración, la sociedad pueda enmendarla. La anterior Ley contemplaba por el contrario que una vez verificada por la Administración la existencia de la causa legal de descalificación, y cumplidos los plazos previstos para su superación, aquella requerirá a la sociedad para que elimine la causa en un plazo no superior a seis meses (art. 16.2).

Una vez dictada la resolución por la que se declara la descalificación de la sociedad, se ordenará su baja en el Registro Administrativo de Sociedades Laborales y se remitirá de oficio al Registro Mercantil certificación de la resolución y de la baja, para que lo haga constar por medio de nota marginal (art. 8.2 RD 2114/1998).

Si la descalificación se adopta a iniciativa de la sociedad, ésta deberá tomar el acuerdo en junta general con las mayorías exigidas para la modificación de los estatutos sociales, y solicitará la descalificación a la Administración. En estos casos, una vez dictada la correspondiente resolución y extendido el asiento de baja en el Registro Administrativo de Sociedades Laborales, se expedirá certificación para que sea presentado en el Registro Mercantil y se haga constar en nota marginal (art. 8.3 RD 2114/1998). La pérdida de la calificación de la sociedad como laboral no afectará al mantenimiento de su personalidad jurídica, pero sí le obligará a modificar sus

estatutos para adaptarlos a las normas aplicables a la sociedad anónima o limitada según corresponda, salvo que opte por su transformación en otra forma jurídica (v. gr. cooperativa) o su disolución.

En todo caso, la descalificación de la sociedad como laboral conllevará la pérdida y el reintegro de los beneficios y ayudas públicas, adquiridos como consecuencia de su condición de sociedad laboral, pero sólo desde el momento en el que la sociedad incurra en la causa de descalificación (art. 15.5) o, podríamos añadir, desde que solicitó formalmente la descalificación. En cualquier caso la norma es más clara que su predecesora, que ante el supuesto de descalificación establecía que si esta tenía lugar antes de cinco años desde la constitución o transformación de la sociedad, conllevaría para la sociedad laboral la pérdida de los beneficios tributarios (art. 16.4 Ley 4/1997). Consecuencia que interpretada literalmente tenía un claro sentido punitivo.

Otras consecuencias que puede implicar la descalificación de la sociedad como laboral son, por una parte, que de paso a la disolución de la sociedad, si así se ha previsto estatutariamente (art. 15.6) y por otra, que justifique la separación del socio. Esta norma novedosa incorpora una causa más de separación a las previstas legal o estatutariamente en favor del socio para el caso de que la sociedad sea descalificada, pero si esta descalificación ha sido promovida voluntariamente por la sociedad, el derecho de separación solo corresponderá a los socios que no votaron a favor del acuerdo (art. 16.1).

VII. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD LABORAL

Hace unos años, analizábamos los rasgos esenciales que caracterizan a las sociedades laborales y llegábamos a la conclusión de que eran dos: que los trabajadores fijos tengan acceso a la condición de socios y que el control de la sociedad esté en manos del conjunto de los trabajadores⁸⁰. Con la aprobación de la Ley 44/2015 no puede decirse que esta segunda característica tenga claro reflejo en la Ley.

En este capítulo hemos analizado el concepto de sociedad laboral, las razones que justificaron su creación y reconocimiento legal, los requisitos

⁸⁰ Fajardo (2008:142).

exigidos para su calificación y los que debe cumplir para mantener dicha calificación en el tiempo. Teniendo en cuenta todos estos elementos puede decirse que la sociedad laboral se caracteriza:

- a) Por ser una sociedad mercantil por la forma pero regida por principios propios de la economía social.
- b) Por ser una forma especial de empresa cuyo capital es detentado (en su totalidad o mayoría) por la mayor parte de sus trabajadores fijos.
- c) Por ser una empresa, que no sólo acredita lo anterior sino que se compromete a mantener esa situación a lo largo del tiempo, y a facilitar en lo sucesivo el acceso de los trabajadores de la sociedad a la condición de socios.
- d) Por ser una sociedad mercantil con un régimen jurídico particular caracterizado por la posible existencia de dos tipos de socios (socios trabajadores y otros) y por diversas normas imperativas en materia de transmisión y emisión (o asunción) de acciones y participaciones, con el fin de favorecer el acceso de los trabajadores fijos de la sociedad a la condición de socios.

Bibliografía

- ALGUACIL MARÍ, M. P. (2007). *La tributación de las sociedades laborales* Thomson Aranzadi, Cizur Menor.
- (2008). «Reforma de la tributación de las sociedades laborales», *CIRIEC. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, (19), pp. 189-215.
- (2010). «La tributación de las empresas de participación de los trabajadores (cooperativas de trabajo y sociedades laborales): Apuntes para una reforma». *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, (102), pp. 24-53.
- ALONSO ESPINOSA (1996). «La sociedad de responsabilidad limitada, ¿corporación personalizable?» *RdS* n° 7.
- ANDREU, J. M. (1916). *Transición política de España (1975-1985) y sus efectos económicos colaterales. Las lecciones de la historia*. Boletín económico del ICE n° 3075, 1 a 31 mayo.
- ANDREU MARTÍ, M. M. (2017). «La sociedad laboral del siglo XXI. Significado y configuración» en *El régimen jurídico de las sociedades laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 27-47.
- BATLLE SALES, G. (1996). «Notas sobre la sociedad anónima laboral: ventajas e inconvenientes para su adaptación a las pymes» en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor A. Menéndez*. Tomo II. Ed. Civitas, SA, pp. 1521-1536.
- CALVO ORTEGA, R (2013). «Sociedades Laborales». *Cuadernos Civitas*.
- CALVO VÉRGEZ, J. (2016). «En defensa de las sociedades laborales: la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, y la creación de un nuevo marco jurídico destinado al fortalecimiento de estas entidades». *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 5, pp. 73-98.

- CANO LÓPEZ, A. (1997). «Reflexiones acerca de un “nuevo” instrumento societario: la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de sociedades laborales», *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 8, pp. 194-213.
- CHAVES ÁVILA, R., & SAVALL MORERA, T. (2013). «La insuficiencia de las actuales políticas de fomento de cooperativas y sociedades laborales frente a la crisis en España». *REVESCO: Revista De Estudios Cooperativos*, (113), pp. 61-91.
- DE GISPERT PASTOR, M. T. «Aproximación a una nueva realidad económica: la Sociedad Anónima Laboral», *Revista Jurídica de Cataluña* n° 2, 1983, pp. 7-69.
- DÍEZ ACIMAS, L. (2016). «Régimen jurídico de las Sociedades Laborales y Participadas (Análisis de la Ley 44/2015, de 14 de octubre» *Deusto Estudios Cooperativos*, núm. 8, pp. 51-96.
- FAJARDO, G. (2008). «Aspectos societarios de la reforma de la Ley de Sociedades Laborales», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 19, pp. 141-158.
- (2014). «La sociedad laboral como sociedad controlada por sus trabajadores, ante la reforma de su régimen jurídico». Congreso de investigadores en economía social y cooperativa. CIRIEC. XV edición. *Las Cooperativas y la Economía Social en un entorno de recuperación económica*. Santander, 25 y 26 de septiembre de 2014. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/320563679_La_sociedad_laboral_como_sociedad_controlada_por_sus_trabajadores_ante_la_reforma_de_su_regimen_juridico.
- GARCÍA RUIZ, E. (2013). «El régimen legal de las sociedades laborales sometidas a revisión». *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 41, pp. 249-280.
- (2017). «El régimen societario de las sociedades laborales en la nueva Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas», *Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 123, pp. 64-93.
- GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M. y SÁNCHEZ-ARCHIDONA, G. (2016). *Aspectos tributarios de las cooperativas y sociedades laborales*. Comares, Granada.
- LANZAS GALVACHE, J. «Las sociedades anónimas laborales (Comentario a la Ley 15/1986, de 25 de abril)». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 1987-I pp. 663 a 710.
- LAZARO SÁNCHEZ (1997). «La calificación “laboral” de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Régimen de su adquisición y pérdida» en ALONSO ESPINOSA (Dir) *Régimen jurídico de las sociedades laborales (Ley 4/1997)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 17-46.
- LLUIS Y NAVAS (1972). *Derecho de Cooperativas*. Tomo I. Lib. Bosch.
- LÓPEZ GANDÍA, J. (2006). *Las sociedades laborales y la aplicación del Derecho del Trabajo*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ MORA, F. (1987). «Las relaciones laborales en el ámbito de la economía social (I). Las Sociedades Anónimas Laborales». *Revista de Treball*, n° 5, setembre-desembre 1987 pp. 9-25.
- (2002). «Prestación de servicios en cooperativas y sociedades laborales» en AA.VV. *Estudios Jurídicos sobre Economía Social*, Madrid, Marcial Pons, pp. 39-118.
- LUJÁN ALCARAZ, J. (1997). «Las sociedades laborales: aspectos laborales y de seguridad social» en ALONSO ESPINOSA (Dir) *Régimen jurídico de las sociedades laborales (Ley 4/1997)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 149-175.

- MARTÍN LÓPEZ, S. (2010). «La necesidad de reactivación del crecimiento de las sociedades laborales y la reforma de su legislación: análisis económico-financiero de sus principales implicaciones», *REVESCO* núm. 102, pp. 109-144.
- PORTELLANO DíEZ, P. y MERCADER UGUINA, J. R. (1997). «La sociedad laboral: sencillamente una sociedad especial». *Rev. Relaciones Laborales*, n° 1, pp. 1155-1199.
- OJEDA AVILÉS, A. (1978). *La cogestión de las grandes empresas en Europa: la experiencia alemana y la Ley de Cogestión de 1976*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- PIÑOL AGUADE, «Acotaciones a las sociedades anónimas laborales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n° 513, 1976 p. 311 y ss.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU y otros (2000). *Sociedades Laborales*. Tomo XV. *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*. Dir. URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA. Civitas, Madrid.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C. (1987). «Sociedad Anónima Laboral: notas para el estudio de una posible deformación del tipo legal mercantil». *Rev. de Trabajo* núm. 87, pp. 9-50.
- SALABERT, R. *Las sociedades laborales en el marco del desarrollo económico y social español*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1988.
- SANTOS MARTÍNEZ, V., (2002). «Sociedades laborales: implantación y renovación de una peculiar figura societaria», en VV. AA., *Derecho de Sociedades*. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, vol. IV, McGraw-Hill, Madrid, pp. 4461-4466.
- SUBERBIOLA GARBIZU, I. (2013). «Régimen tributario de las sociedades laborales», *Revista Vasca de Economía Social*, (10), pp. 7-52.
- (2017). «Beneficios fiscales de las sociedades laborales en la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas». *Lex Social*, vol. 7, núm. 2, pp. 103-129.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. M^a y BARBERENA BELZUNCE, I. *Las sociedades laborales. Aspectos societarios, laborales y fiscales*. Ed. Aranzadi, Navarra, 1998.
- VIDAL, I., y VILAPLANA, A. (1999). *Perspectivas empresariales de las sociedades laborales en la Unión Europea*. Barcelona. CIES.

Procedimientos de constitución de las sociedades laborales

LUIS ÁNGEL SÁNCHEZ PACHÓN¹

Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil

Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CALIFICACIÓN ADMINISTRATIVA COMO PRERREQUISITO DE FORMALIZACIÓN DE LA SOCIEDAD LABORAL. III. PROCEDIMIENTOS DE CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES LABORALES: REMISIÓN A LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS Y PARTICULARIDADES EN LA CONSTITUCIÓN. 1. Constitución originaria o de nueva creación. 1.1. Fundación simultánea. 1.2. Fundación simultánea con Formación sucesiva. 1.3. Fundación sucesiva y otras hipótesis de constitución. 1.4. Sociedad en formación laboral. 1.5. Sociedad irregular laboral. 2. Constitución sobrevenida o derivada. 2.1. Constitución sobrevenida procedente de una sociedad de capital, anónima o limitada, preexistente. 2.2. Constitución sobrevenida procedente de otros tipos societarios. IV. INVALIDEZ DEL PROCESO CONSTITUTIVO. LA NULIDAD DE LA SOCIEDAD LABORAL. V. EMPRESAS EN CRISIS Y CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES LABORALES: CARENCIAS EN EL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL. VI. REFLEXIÓN FINAL: LA CONVENIENCIA DE UNA CLARIFICACIÓN LEGISLATIVA EN LOS PROCESOS CONSTITUTIVOS DE LA SOCIEDAD LABORAL COMO TIPO SOCIETARIO AUTÓNOMO DE LA ECONOMÍA SOCIAL. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas (LSLP) actualiza el marco normativo de las sociedades laborales con el objetivo —dice su Preámbulo (I)— de dar un nuevo impulso a las sociedades laborales por su condición de empresas participadas por los socios trabajadores y abiertas a la integración como socios de los demás trabajadores de la empresa. Añade, también, que la nueva regulación de la sociedad laboral mejora el régimen jurídico con los objetivos de fomentar

¹ Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Economía Social, Auto-gestión y Empleo» (DER2016-78732-R) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

la participación de los trabajadores en la empresa y aumentar la utilidad de las sociedades laborales y su preferencia por parte de los emprendedores (Preámbulo III).

En esa línea, quizá, pueda entenderse que la nueva ley haya añadido una nueva excepción al límite tradicional de titularidad en el socio de acciones o participaciones sociales que representen más del 1/3 en el capital, como también, en lo que de alguna manera concierne al procedimiento constitutivo, otra serie de medidas que se anuncian en su preámbulo: simplificación de la documentación necesaria para la constitución en los supuestos de sociedades preexistentes; incorporación de la necesidad de armonización y colaboración entre los distintos registros administrativos, estatal y autonómicos y el Registro Mercantil, que intervienen en la creación de las sociedades laborales, posibilitando —se dice— la implantación de medios electrónicos y telemáticos para obtener la calificación e inscripción (Artículo 2 y Disposición adicional primera LSLP).

Los cambios legislativos, sin embargo, no parece que estén dando los resultados esperados. Un estudio de la Escuela de Estudios Cooperativos², concluye que la nueva LSLP contribuye a ampliar el colectivo de sociedades calificables, con la posibilidad de crear sociedades laborales con solo dos socios trabajadores, pero la realidad muestra, sin embargo, que un gran número de sociedades de responsabilidad limitada, que podrían obtener la calificación de sociedades laborales o que de hecho lo son, sin embargo, no acceden a esa condición.

Detrás de los motivos por los que la realidad no se concreta en sociedades laborales reconocidas se encuentra —se dice en ese informe realizado sobre una muestra— el que sus socios trabajadores o bien no conocen la posibilidad de acceder a la condición laboral o no encuentran suficiente motivación para solicitar la calificación.

Ello hace más necesario el estudio, análisis y explicación de la figura de la sociedad laboral y de su régimen jurídico y, por lo que ahora nos

² El estudio, encargado por CONFESAL, próximo a su publicación, ha sido dirigido por los profesores Gustavo Lejarriaga Pérez de las Vacas y Paloma Bel Durán. <http://www.confesal.com/web/index.php/category-mozaix/left-featured/62-news/602-el-16-20-de-las-sociedades-limitadas-creadas-en-2016-podrian-calificarse-como-laborales-segun-un-estudio-de-la-universidad-complutense>. Las primeras conclusiones se expusieron en el Congreso Integración y reestructuración de empresas de la economía social y de participación: Análisis económico-contable y jurídico, celebrado en Ibiza el 1 y 2 de junio de 2017.

ocupa, de sus requisitos de constitución; de tal manera que, por un lado, trabajadores, promotores, técnicos y asesores tengan la información suficiente que propicie apostar por la calificación como laboral de las entidades, como tal calificables de laborales, y, por otro lado también, podamos suscitar la reflexión y el debate sobre los escasos resultados que ofrece la regulación jurídica actual y sobre la conveniencia de actuaciones legislativas pertinentes y oportunas que, verdaderamente, den un nuevo impulso a las sociedades laborales por su condición de empresas participadas por los socios trabajadores y abiertas a la integración, como socios de la misma, de los demás trabajadores de la empresa³.

Ciertamente, como apunta Olavarría (2015, 220), la Constitución Española no reconoce expresamente a las sociedades laborales, por mucho que lo diga o lo quiera el Preámbulo de la LSLP —a diferencia de lo que ocurre con las cooperativas— pero lo que sí recoge el artículo 129.2 de la CE es el mandato dirigido a los poderes públicos de promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa, así como de establecer los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. En este sentido, no cabe duda que, por su caracterización histórica en nuestro país, la sociedad laboral se nos ofrece como un buen instrumento técnico al servicio de esos objetivos (Muñecas, 2015, 212).

Con esos mismos objetivos, también, en las páginas que siguen, ofrecemos una sistematización de los procesos que pueden desarrollarse en la constitución o formación de las sociedades laborales, clarificamos los requisitos constitutivos y las consecuencias de su incumplimiento, analizamos el proceso constitutivo de la fundación originaria o *ex novo* de la

³ Por paradójico que parezca el artículo 19 de la LSLP, al definir a la Sociedad participada por los trabajadores, termina excluyendo de las mismas a las sociedades laborales: *Tendrán la consideración de sociedades participadas por los trabajadores las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no alcancen los requisitos establecidos en el capítulo I, pero promuevan el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos, en particular...* La contradicción ha sido puesta ya en evidencia por la doctrina (Olavarría, 2015, 223), reclamando la rectificación en la redacción; toda vez que parece incuestionable que la sociedad laboral sea el paradigma de la sociedad de participación y, por tanto, un instrumento muy apropiado al servicio del objetivo previsto en el artículo 129.2 CE (Muñecas, 2015, 212). Sobre la sociedad laboral como «óptimo» de la empresa participada, y sobre el «iter» en la tramitación de la Ley remitimos, también, a Farias Batlle (2017, 310 y ss.). Barrero (2015) hace, también, una crítica al concepto y regulación de estas sociedades participadas por los trabajadores.

sociedad laboral, contemplamos el fenómeno de la sociedad laboral en el estadio de sociedad en formación, la situación de la sociedad devenida irregular, así como los procesos de formación de la sociedad laboral a partir de una sociedad preexistente, que, por otra parte, no son menos frecuentes en la práctica.

En fin, ponemos también en evidencia los supuestos más significativos de invalidez que pueden afectar al proceso constitutivo y resaltamos lo que —en nuestra opinión— resulta ser la mayor carencia de nuestro sistema jurídico: la previsión en el derecho concursal de un sistema que favorezca la reestructuración de la empresa en concurso a través de la figura de la sociedad laboral.

II. LA CALIFICACIÓN ADMINISTRATIVA COMO PRERREQUISITO DE FORMALIZACIÓN DE LA SOCIEDAD LABORAL

Cuando hablamos de constitución de la sociedad nos solemos referir al conjunto de formalidades que, según el ordenamiento jurídico positivo, son indispensables para que la sociedad tenga existencia legal (Broseta y Martínez, 2014, 372). Como después precisaremos, la creación de cualquier sociedad es un proceso que culmina con el pleno reconocimiento regular por el ordenamiento jurídico. La diferencia más significativa en ese proceso de constitución de las sociedades laborales, respecto del resto de sociedades mercantiles, es la necesidad de contar con la previa calificación administrativa de Sociedad Laboral; en lo demás tendremos que acudir al régimen común de constitución de las sociedades de capital, a las que la LSLP remite, como después veremos.

El estudio detallado de esa calificación administrativa de la condición de sociedad laboral, de sus requisitos y procedimiento, así como los motivos y efectos de la descalificación, son tratados en otros capítulos de esta obra; nosotros nos centraremos en la explicación de los procedimientos ordinarios de constitución previstos para las sociedades de capital a los que remite la LSLP. En todo caso, conviene señalar que, manteniendo la misma sistemática que en la Ley de 1997, la competencia para esa calificación se atribuye al —ahora— Ministerio de Empleo y Seguridad Social o, en su caso, a las Comunidades Autónomas a las que se hayan transferido las correspondientes competencias. La calificación otorgada por la autoridad competente tendrá plena eficacia en todo el territorio nacional, sin necesidad de que la sociedad realice otros trámites (art. 2.1 LSLP).

La Ley también contempla la existencia en ese Ministerio de un Registro administrativo de Sociedades Laborales, sin perjuicio —viene a señalar el artículo 4.1 LSLP— de las competencias que en materia de gestión del Registro tengan asumidas o asuman las CC AA⁴. En su artículo 2, la LSLP dispone que ese Registro integre, en una base de datos común, la información que obre en los distintos registros de las CC AA.

En cualquier caso, la resolución administrativa que decida sobre la solicitud de calificación laboral (la calificación de «Sociedad Laboral» se otorgará previa solicitud de la sociedad conforme dispone el artículo 2.2 LSLP), no añade ni quita nada al acto constitutivo de la sociedad que, entendemos, se habrá producido con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. La calificación administrativa no es más, pues, que un trámite o requisito administrativo necesario para cumplir la formalidad de la correspondiente (regular) inscripción en el Registro Mercantil.

Los autores se han esforzado en clarificar el papel o funciones y ámbito de control que corresponde, o ha de corresponder, a las Administraciones públicas en la resolución de la solicitud de calificación (Velerdas 57 y ss.), pero las dudas interpretativas persisten. La interposición de este trámite de control administrativo, entre el momento del otorgamiento de la escritura pública y el de su inscripción en el Registro Mercantil, ha sido objeto de crítica por muchos autores⁵ y no deja de ser «engorrosa y de escasa utilidad» (Pagador, 2005, 139). En nuestra opinión, el trámite o control administrativo no está justificado; recuerda mucho a sistemas de autorización de constitución de sociedades antiguos que quedaron superados por el actual

⁴ Todas las CC AA, excepto las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, tienen asumida la competencia específica en relación al registro de sociedades laborales dentro de su ámbito territorial, conforme a las correspondientes normas de transferencias, que, en su mayoría, se dieron ya bajo la vigencia de la Ley 15/1986 de Sociedades anónima laborales (la última sería el Principado de Asturias, que las tendría a finales de 1999). La delimitación de la competencia territorial no está exenta, sin embargo, de problemas (Velerdas, 2017, 53 y ss.).

El Real Decreto 2114/1998, de 2 de octubre, regula el Registro Administrativo de Sociedades Laborales. La disposición final cuarta, dio un plazo de un año desde la publicación de la LSLP (15 de octubre de 2015) para la aprobación de un nuevo Real Decreto que aun no se ha aprobado.

⁵ Desde la LSAL de 1986 muchos autores han criticado la exigencia de que la calificación administrativa sea previa a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil (Velerdas 2017, 65). Proponiendo, algunos, que la calificación e inscripción administrativa tenga lugar tras la inscripción en el Registro Mercantil.

sistema normativo (Sánchez, 2007, 175) y, en nuestra opinión, encuentran difícil explicación en la actualidad⁶.

III. PROCEDIMIENTOS DE CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES LABORALES: REMISIÓN A LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS Y PARTICULARIDADES EN LA CONSTITUCIÓN

Como anticipábamos, la nueva Ley mantiene, en la Disposición final tercera, la remisión general al régimen jurídico de la forma que adopte, sea anónima o de responsabilidad limitada. Esta técnica legislativa de remisión generalizada a la LSC no deja de presentar dificultades; ya fue objeto de crítica, por un sector de la doctrina especializada, con la Ley de Sociedades Laborales de 1997⁷, y lo sigue siendo en la actualidad con la nueva Ley (García, 2017, 68, 89). En el fondo, como apunta esta autora, subyace la falta de consenso acerca del sentido institucional de la figura; dividida entre los que la consideran una sociedad laboral como mera sociedad mercantil de capital especial y los que ven en ella —o proponen— una estructura organizativa de base mutualista —un tipo societario de economía social, se podrá, incluso, decir— que articula la singular causa del contrato de estas

⁶ A veces se dice que la calificación laboral debe ser considerada como una autorización similar a la contemplada en otros sectores societarios, tal como se prevé en el artículo 85 RRM sobre innecesariedad, salvo legislación especial, de hacer constar la previa inscripción en registros administrativos, al igual —se viene a decir— que las Sociedades de Garantía Recíproca o las Sociedades Anónimas dedicadas a la banca, del mismo modo que sucede en el sector de seguros, transportes por carreteras, cooperativas de crédito, etc. (Velerdas, 2017, 51-52). En nuestra opinión, aunque el sistema o procedimiento sea el mismo, lo que no son lo mismo son las razones que justifican la intervención (autorización) administrativa. En las sociedades laborales no hay o, al menos, no se explicitan, como sí se suele hacer en los otros casos citados, las razones de interés público o de la economía nacional que justifican una intervención administrativa de ese orden.

⁷ Señalaba Alfonso Cano que la cláusula remisoria de la ley se enfrenta al propio manual al uso de la técnica remisoria: entre la norma remitida y la remitente no debe existir contradicción funcional, estructural o axiológica y, sin embargo, «existe una insalvable distancia entre una y otra estructura normativa que no hace sino reflejar las diferentes funciones que están llamadas a cumplir en dos sectores económicos que, aunque complementarios, solo tienen en común el recurso a la empresa en un mercado competitivo: el convencional capitalista y el sector de la Economía Social» (Cano, 2008, 160-161).

sociedades⁸. Singularidad causal que se concreta —viene a concluir Paniagua (2015 a, 16)— en la persecución de fines sociales y de interés general, que están prefigurados en nuestra constitución económica y que dan la razón y la medida al fomento público hacia la sociedad laboral.

Según se dispone en el artículo 33 de la LSC⁹, la existencia legal de la sociedad de capital, como tal sociedad de capital, con la personalidad jurídica que le corresponde, se produce con la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil. En términos equivalentes el artículo 4.2 LSLP indica que *la sociedad gozará de personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro Mercantil*.

La literalidad de ambos preceptos no puede, sin embargo, llevar a concluir ni que sea la inscripción en el Registro Mercantil la que otorgue el efecto creador o constitutivo, ni que tengamos que ignorar la personalidad jurídica que ha surgido con la declaración de voluntad formalizada mediante el otorgamiento de la escritura pública¹⁰. En nuestro sistema so-

⁸ En otro sentido, Pagador (2005, 26 y ss.) considera que el régimen jurídico no permite asemejar las sociedades laborales a las sociedades de base mutualista, porque en ningún momento las sociedades laborales dejan de reunir la mayor parte de las características propias de las sociedades mercantiles y las más relevantes definidoras de las mismas; por lo que las sociedades laborales «han de considerarse sociedades mercantiles capitalistas sometidas a ciertas especialidades, o sea, las usualmente denominadas sociedades especiales, o, a lo sumo, tipos societarios híbridos». Aunque inmediatamente reconoce que la conclusión puede ser distinta si, abandonando una perspectiva estrictamente jurídico-societaria... dirigimos la mirada a la empresa subyacente o, por mejor decir, al modelo de empresa que el legislador toma en consideración a la hora de regular las especialidades de las sociedades laborales... es innegable que el legislador ha tratado de vincular la existencia de una sociedad calificada como laboral a la de un determinado modelo de empresa distinto, en la que priman unos valores diferentes...).

Sobre toda la problemática, remitimos, más ampliamente y con numerosas referencias bibliográficas, a Paniagua (2015 a, 12 y ss.; 2015 b, 737 y ss.).

⁹ Art. 33 LSC: *Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido*.

¹⁰ Como nos advierte Sáez Lacave (2011, 421-422), una lectura aislada y poco reflexiva del artículo 33 LSC conduciría a la conclusión apresurada de que la sociedad de capital solo adquiriría vertiente externa o capacidad para actuar en el tráfico desde el momento de la inscripción. La doctrina de la inexistencia de la sociedad no inscrita hace tiempo que quedó superada. Lo cabal es interpretar aquel precepto de manera sistemática, en relación con los artículos 37 y siguientes (sobre la sociedad en formación y la sociedad irregular) que nos llevan a la doctrina de la sociedades irregulares o no inscritas. Por lo demás, comúnmente se sostiene

cietario la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil —a pesar de algunas Sentencias inquietantes y desafortunadas— no despliega efectos constitutivos, sino declarativos o publicitarios¹¹. El acto constitutivo de la sociedad de capitales, en nuestro Derecho, está en el otorgamiento del acto negocial formalizado en escritura pública. La opinión mayoritaria viene siendo que en las sociedades de capital —a diferencia de lo que sucede en las sociedades personalistas— la forma (escritura pública) es un requisito *ad solemnitatem*, constitutivo de la sociedad.

La LSC exige que los socios formalicen el negocio constitutivo de la sociedad de capitales en la correspondiente escritura pública, por lo que ésta se eleva a un requisito esencial, a una forma *ad solemnitatem*, del negocio constitutivo, a un requisito constitutivo y no a un mero presupuesto de la inscripción *ad regularitatem*¹². Por ello, al configurarse la escritura como forma pública y auténtica del negocio fundacional, deja de ser un trámite formal y se convierte en un elemento *ad substantiam* del tipo societario y, por ello, en un requisito constitutivo del proceso fundacional, sin el cual, en rigor, no cabe hablar del nacimiento de una sociedad de capital.

que la fundación de una sociedad de capital encierra un proceso complejo en el que cabe diferenciar distintas fases, de modo que la superación de cada una de ellas supone la producción de ciertos efectos frente a la situación precedente. Así, se dice (García Cruces, 2016, 93), mediará una primera fase en la que se dará un acto de la autonomía de la voluntad por el que se manifiesta la voluntad de crear la sociedad y se adoptan cuantas decisiones sean necesarias y las que se tengan por convenientes. A ella seguirá una actuación por parte del poder público, verificando el control que se entienda oportuno y cuya superación dará lugar al cierre del entero proceso. Los artículos 19 y 20 LSC reflejan ese proceso.

¹¹ El llamado carácter constitutivo que se atribuye a la inscripción, en realidad, no tiene eficacia material sobre el acto sujeto a tal tipo de inscripción, sino que ese carácter constitutivo tiene un significado de pura eficacia publicitaria, en el sentido de ser el instrumento exclusivo, pero también excluyente, a fin de lograr la oponibilidad del sujeto a inscripción (Sánchez, 2007, 157; 173-174).

¹² En nuestro Derecho la escritura pública es una forma esencial de documentación del negocio constitutivo de la sociedad de capitales que actúa también como presupuesto de la inscripción. El acto constitutivo no formalizado en escritura pública es ineficaz para crear una sociedad de capitales. El acuerdo de constituir una sociedad de capital que no esté reflejado en escritura pública no cabe calificarlo de irregular a los efectos de los artículos 39 y 40 LSC. No obstante, el acto informal será suficiente para generar vínculos obligatorios y, según la posición más extendida, puede valer como sociedad a la que habrán de aplicarse las normas de la sociedad colectiva, si la voluntad de los intervinientes es desarrollar un objeto mercantil, o de la sociedad civil, si la actividad que se realiza es de tal índole (Sánchez, 2007, 154 y ss. y 786).

La propia LSLP, en su artículo 2.2, requiere para la calificación que, si la sociedad es de nueva constitución, acompañe a la solicitud *una copia autorizada y una copia simple de la escritura de constitución en la que conste expresamente la voluntad de los otorgantes de fundar una sociedad laboral*. Y si se solicita la calificación de una sociedad preexistente, a la solicitud deberá acompañarse *copia autorizada de la escritura de elevación a público de los acuerdos de la Junta General favorables a la calificación de sociedad laboral y a la modificación de los artículos de sus estatutos...*

El hecho, por tanto, de que el artículo 33 LSC, como el 4.2 LSLP, enuncien que con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad (con la inscripción —se decía en el texto de LSA anterior a la reforma de la LSC de 2010— adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica), no convierte a la inscripción en el elemento constitutivo, ni implica negar personalidad al ente existente —cuya condición y régimen societarios nadie niega— sino que, con la inscripción en el Registro Mercantil, el ordenamiento jurídico considera, a efectos de oponibilidad y de tutela del tráfico mercantil, que el proceso de fundación de la sociedad de capital ha culminado de forma definitiva (Sáez, 2011, 422; Sánchez, 2007, 155-157).

El acto constitutivo de la sociedad laboral, que se formaliza con la escritura pública, nos permite o facilita, también, aunque solo sea a efectos puramente expositivos, poder diferenciar los supuestos de constitución originaria, *ex novo* o de nueva creación de la sociedad laboral, y los procesos de constitución sobrevenida o derivada a partir de una sociedad preexistente. Diferenciación a la que, por otra parte, apunta la propia LSLP en su artículo 2.2. La sociedad laboral que surja a la vida jurídica podrá ser, así, de nueva constitución o podrá provenir de una entidad ya constituida que se transforma o pasa a ser (se convierte) en sociedad laboral. Como a continuación veremos, aunque los procedimientos constitutivos son sustancialmente idénticos, el hecho de proyectar crear una sociedad laboral supondrá alguna especialidad, particularmente, en la escritura pública.

1. Constitución originaria o de nueva creación

Hablamos de constitución originaria cuando nos referirnos al procedimiento por el cual una sociedad de capitales adquiere la condición de sociedad laboral en el momento mismo de la constitución. Si es una sociedad anónima laboral la que pretende crearse, al otorgamiento de la escritura de constitución puede llegarse a través del procedimiento de fundación simultánea (que es lo más usual) pero —al menos hipotéticamente— también puede que se llegue a través del procedimiento de fundación sucesiva

o por suscripción pública. El procedimiento de fundación sucesiva, sin embargo, únicamente se contempla para la sociedad anónima (art. 41 LSC), no siendo posible para la sociedad de responsabilidad limitada.

1.1. Fundación simultánea

Como señala la doctrina, el procedimiento de fundación simultánea, o por convenio, se caracteriza por que, en un solo acto, los interesados convienen la fundación de la sociedad y asumen íntegramente las acciones o participaciones en que se divide el capital social. En el mismo acto se celebra el contrato —convenio— entre los interesados, quienes, en tal momento, manifiestan asumir las acciones o participaciones en que se divide el capital social, otorgando a tal fin la escritura pública (García-Cruces, 2016, 96).

La escritura de constitución de la sociedad laboral habrá de contener, al menos, las menciones que se indican en el artículo 22 LSC¹³. De estas menciones, por lo que respecta a las sociedades laborales, tendríamos que destacar algunas peculiaridades:

En primer lugar hay que advertir que el número mínimo para constituir la sociedad laboral, por regla general, será de tres socios; dada la exigencia de que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones que representen más de 1/3 del capital social (art. 1.2 LSLP). Como anti-

¹³ **Artículo 22. Contenido de la escritura de constitución.**

1. En la escritura de constitución de cualquier sociedad de capital se incluirán, al menos, las siguientes menciones:

a) La identidad del socio o socios.

b) La voluntad de constituir una sociedad de capital, con elección de un tipo social determinado.

c) Las aportaciones que cada socio realice o, en el caso de las anónimas, se haya obligado a realizar, y la numeración de las participaciones o de las acciones atribuidas a cambio.

d) Los estatutos de la sociedad [cuyo contenido detalla después el art. 23 LSC].

e) La identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad.

2. Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada, la escritura de constitución determinará el modo concreto en que inicialmente se organice la administración, si los estatutos prevén diferentes alternativas.

3. Si la sociedad fuera anónima, la escritura de constitución expresará, además, la cuantía total, al menos aproximada, de los gastos de constitución, tanto de los ya satisfechos como de los meramente previstos hasta la inscripción.

cipamos, la nueva ley ha añadido una nueva excepción a ese límite en la titularidad del capital, de tal manera que, ahora, la sociedad laboral puede constituirse inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido; en ella, tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten a los límites legales establecidos.

Parece posible entender que la razón de esta nueva excepción esté en dar facilidades para la elección de este tipo social, pudiendo dar cobertura jurídica a pequeñas empresas que no necesiten más trabajadores para iniciar la actividad (García, 2017, 72)¹⁴. También Andreu Martí (2017, 41) ve justificación de la excepción en impulsar que se elija el tipo social, en especial, para la constitución de «microsociedades» laborales; «o, al menos, que no se deseché esta opción por los emprendedores por presentar mayores obstáculos de constitución que el otro tipo social más representativo de la economía social: las sociedades cooperativas donde se viene admitiendo en los últimos años esta posibilidad en distintas Comunidades Autónomas». Barrero (2015, 7) se muestra favorable a la medida «que hará más factible la constitución de sociedades laborales y que solucionará muchas dificultades iniciales derivadas de la exigencia implícita de un número de tres socios fundadores derivada de la imposición del límite máximo».

La otra excepción al límite en la titularidad del capital —que la nueva ley matiza y amplía— alcanza a los socios que sean entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, entidades no lucrativas o de la economía social, cuya participación podrá superar el límite de la tercera parte del capital social, sin alcanzar el cincuenta por ciento, del capital social. La ampliación a esas entidades estaba ya en la redacción de lo que constituyó la Proposición de Ley de Sociedades Laborales elaborada por CONFESAL en marzo de 2009 (Andreu, 2010, 126)¹⁵.

Desde luego entendemos que las nuevas excepciones serán bien recibidas, particularmente, en el sector de la economía social. Incluso, en nuestra opinión, parece que se quedan cortas. Ello porque, en particular, no hay razones que justifiquen la exclusión de la unipersonalidad en la

¹⁴ Aunque, como esa misma autora recoge, el Consejo Económico y Social en Dictamen 6, 2015, de 13 de mayo, sobre lo que entonces constituía el Proyecto de ley, mostraba su extrañeza ante esta excepción sin entender los motivos que la pudieran fundamentar.

¹⁵ Fajardo (2008, 149) proponía incluir también, junto a las entidades públicas y las entidades no lucrativas, a las entidades de capital riesgo.

constitución de la sociedad laboral. Ciertamente, habrían de establecerse las cautelas o límites —temporales o subjetivos— que se consideraran convenientes, pero, en principio, no se ve razón para excluir una unipersonalidad originaria, temporal o transitoria. Dicho de otra manera, las razones que justifiquen la inclusión de las excepciones previstas en el artículo 1.2 debieran servir también —entendemos nosotros— para justificar que, en las mismas condiciones, pudiera constituirse la sociedad laboral con un único socio.

Otra peculiaridad que presenta la escritura de una sociedad laboral originaria, como antes apuntamos, es que en ella «*conste expresamente la voluntad de los otorgantes de fundar una sociedad laboral*» (art. 2.2 II LSLP). Ello supone que los fundadores han de expresar su voluntad de constituir una sociedad (anónima o limitada) y —se dice también— de solicitar a la Administración pública competente el otorgamiento de la calificación de laboral de la sociedad que se constituye (Pagador, 2005, 138). Por otra parte, esta exigencia, que es una concreción de la prevista para la escritura de toda sociedad de capital en el artículo 22.1 b) LSC, ayuda en la conveniencia de una configuración tipológica propia, autónoma, de la sociedad, que alcanza al elemento causal del negocio constitutivo, cuya existencia veracidad y licitud, será requerida para la validez y eficacia de la sociedad pretendida (Sánchez, 2007, 264 y ss. 789).

En los estatutos que, como sabemos, se incorporan a la escritura, ha de constar *la denominación de la sociedad* (art. 23 a) LSLP). En esa denominación *deberá figurar la indicación* «Sociedad Anónima Laboral», «Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral», o «Sociedad Limitada Laboral» o sus abreviaturas SAL, SRL o SLL, según proceda. (art. 3.1 LSLP). El artículo viene a sustituir a lo que se dispone en el artículo 6 de LSC, cuando exige en la denominación de la sociedad la indicación del tipo social correspondiente. Su incumplimiento puede tener trascendencia a efectos de la invalidez de la sociedad (art. 56.1d LSLP). El artículo 3.2 prohíbe, además, utilizar el adjetivo «laboral» a las sociedades que no tengan la calificación de «sociedad laboral».

En el resto de indicaciones de escritura y estatutos no hay más peculiaridades reseñables para las sociedades laborales, si bien, habrá que advertir, en relación al capital social, que habrá de indicarse la clase de acciones o participaciones (de clase general o de clase laboral) en que se divide el capital, que tendrán el mismo valor nominal y conferirán los mismos derechos económicos, no siendo posible la creación de acciones o participaciones sin voto (art. 5.1 y 2. LSLP).

Tratándose de una Sociedad de responsabilidad limitada laboral, para el otorgamiento de la escritura pública podrá hacerse uso del sistema denominado Documento Único Electrónico (DUE), toda vez que así lo posibilita la Disposición adicional tercera de la LSC¹⁶. En su desarrollo se aprobó, también, el Real Decreto 44/2015, de 2 de febrero, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico (DUE) para la puesta en marcha de sociedades cooperativas, sociedades civiles, comunidades de bienes, sociedades limitadas laborales y emprendedores de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática¹⁷. Este Real Decreto recoge en su disposición adicional primera unas disposiciones específicas para la sociedad de responsabilidad limitada laboral¹⁸.

¹⁶ El artículo 3 de la LSLP prevé que los trámites necesarios para la calificación e inscripción como sociedad laboral podrán realizarse a través de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos que se habiliten al efecto. No hay, sin embargo, referencia expresa a la utilización de estos medios en la escritura pública. Sí lo posibilita, como decimos, esa Disposición final tercera de la LSC, la redacción actual se debe a la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

¹⁷ El Real Decreto excluye de su aplicación los sectores inmobiliario, financiero y de seguros (art. 3). En lo que afecta a la SRL, la exclusión del sector financiero y de seguros, es obvia; respecto a la exclusión de la actividad inmobiliaria encuentra, en nuestra opinión, difícil justificación.

¹⁸ Disposición adicional primera. Tramitación de la sociedad de responsabilidad limitada laboral.

Para la tramitación de la sociedad limitada laboral será de aplicación lo establecido en el Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico (DUE) para la constitución y puesta en marcha de sociedades de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática, con las siguientes especificidades:

a) El DUE permite la realización electrónica de los trámites a que se refieren los párrafos a) a n), con excepción del párrafo j), del artículo 5.1 del Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, referidos a la sociedad limitada laboral.

b) Una vez consignados en el DUE los datos básicos, que serán los mismos que para la Sociedad Limitada Nueva Empresa establece el anexo I del Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, el sistema de tramitación telemática (STT) le asignará el número CIRCE correspondiente, identificando así de manera única e inequívoca al DUE, procediéndose a continuación a la realización de los trámites establecidos en los párrafos a) a i) y k) a o) del artículo 6 del Real Decreto 682/2003, de 7 de junio.

c) Se hará constar en cuanto a los datos relativos a la forma jurídica de la sociedad, la de Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral.

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, había introducido también algunas reglas para agilizar el proceso en el otorgamiento e inscripción de escritura, pudiéndose utilizar estatutos tipo. Evidentemente, las particularidades de la SRL (clases de participaciones, transmisión...) tienen difícil encaje si se pretende utilizar los estatutos tipo previstos en la SRL (Velerdas, 75).

Hay que indicar, también, que el expediente de constitución puede iniciarse en uno de los Punto de Atención Emprendedor (PAE), que sustituyeron, en la Ley 14/2013, a los Puntos de Asesoramiento e Inicio de Tramitación, (PAIT). A ese expediente se asignará un número CIRCE, reservándose la denominación de la entidad y dándose cita para el otorgamiento de la escritura de constitución ante notario; siguiéndose después la tramitación que indicamos en la Disposición adicional primera del Real Decreto 44/2015.

Toda esta serie de disposiciones, amparadas, en principio, en la idea de facilitar la tramitación administrativa para el inicio de la actividad emprendedora, reflejan, en nuestra opinión, una preocupación excesiva —hasta obsesiva podíamos decir— por eliminar o agilizar trámites en la constitución de las empresas. Sin embargo, fiables estudios, aunque sean a partir de encuestas, nos indican que lo que conocemos como trámites administrativos no son un factor fundamental para el desarrollo de la iniciativa emprendedora.

Desde luego serán bien venidos los PAE, pudiendo ser de carácter público o privado, será bien recibida la posibilidad de realizar trámites telemáticamente (declaración censal; alta en Seguridad Social; solicitud de licencias; legalización de libros u otras simplificaciones de tramitaciones y cargas administrativas). Ahora bien, lo que parece menos recomendable —inviabile incluso— particularmente en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada laboral, es la constitución «exprés» de sociedades, o la utilización de estatutos tipo en formato estandarizado (Sánchez y Pérez, 2015, 51).

d) En cuanto a la calificación e inscripción en el registro administrativo de sociedades laborales correspondiente, que en todo caso será previa a su inscripción en el Registro Mercantil, los datos a remitir por el STT a la Administración competente serán los mismos que los del apartado 5.3.i) del presente real decreto.

e) Los datos a recoger en el DUE de la inscripción en el registro de sociedades laborales serán los datos del solicitante, los de su representante, en su caso, y los datos a efectos de notificación.

1.2. Fundación simultánea con Formación sucesiva

El Capítulo III del Título I de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, introdujo una especie de sociedad limitada de formación sucesiva, que, en realidad, no es más que posibilitar una SRL con cifra de capital inferior a la mínima legal (3.000 €)¹⁹; estableciéndose unos límites y condiciones, contemplados en el artículo 4 bis LSC, como destinar a reserva legal, al menos, el 20% del beneficio, no repartir beneficios hasta que el patrimonio no supere el 60% del capital mínimo, retribuciones a socios y administradores inferiores al 20% del patrimonio neto del correspondiente ejercicio²⁰, en caso de liquidación, responsabilidad solidaria de socios y administradores hasta 3.000 €. Todo ello motivó las consiguientes modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital, que hacen que esta formación sucesiva pueda utilizarse, también, para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada laborales.

Sin embargo, esta posibilidad en la constitución de la SRL no parece que haya tenido mucho éxito, ni reviste mucha utilidad, ni, tampoco, parece que resulte especialmente recomendable en la constitución de Sociedades de responsabilidad limitada laborales. Si el objetivo con esa reforma legal fue —como reza su Título I— el «Apoyo a la iniciativa emprendedora», se puede comprender fácilmente que los comentaristas haya hablado del «desastre» de la Sociedad de Responsabilidad Limitada de Formación Sucesiva, como modelo de cualquier tipo de emprendimiento. Como se ha venido a concluir, también, la figura supone demasiadas trabas para unos beneficios tan escasos (Sánchez y Pérez, 2015. 51).

¹⁹ Como señala García-Cruces (2016, 102), en realidad, no estamos ante un procedimiento de fundación de la sociedad de responsabilidad limitada, sino, tan solo, ante una relajación de la exigencia de capital mínimo que ha de satisfacerse en tal tipo social.

²⁰ Sin perjuicio, se dice en el art. 4 bis 1c) LSC, de la retribución que les pueda corresponder como trabajador por cuenta ajena de la sociedad o a través de la prestación de servicios profesionales que la propia sociedad concierte con dichos socios y administradores. Como denuncia García-Cruces (2016, 102), la literalidad del artículo 4 bis LSC suscita no pocas dudas, pues esta limitación la refiere, también, a la suma anual de las retribuciones satisfechas a los socios.

1.3. Fundación sucesiva y otras hipótesis de constitución

Como apuntábamos antes, en el caso de que se busque crear una sociedad anónima laboral, nada impide que se llegue al correspondiente otorgamiento de la escritura a través del procedimiento de fundación sucesiva. Sin embargo, la elección del procedimiento de fundación sucesiva es, en principio, improbable, dadas sus desventajas e inconvenientes (Pagador, 2005, 137). El procedimiento de fundación sucesiva se caracteriza por una particular complejidad en lo que hace a la formación del convenio o contrato de sociedad anónima, aunque coincida, básicamente, con el procedimiento de fundación simultánea respecto de las exigencias ulteriores (inscripción registral). La complejidad que se da en la formación del propio contrato de sociedad deriva del hecho de que quienes tienen la iniciativa en orden a fundar la sociedad anónima no actúan la constitución de ésta sino que, antes bien, acuden a terceros indeterminados; esto es, al público en general, para que acudan a la perfección de tal contrato (García-Cruces, 2016, 98).

El procedimiento de fundación sucesiva —como suele señalar la doctrina— supone, un llamamiento público para que acuda a la suscripción del capital, lo que acarrea el diseño de un procedimiento fundacional rígido y formalista a fin de disponer la oportuna protección de los que pudieran acudir en la constitución de la sociedad y suscribieran sus acciones. Se habla de una asimetría informativa existente entre los promotores y los inversores sobre las cuestiones esenciales para adoptar una decisión racional en relación con la inversión (Esteban, 2011, 465), que vendría a justificar esa regulación.

La complejidad, y consiguiente dificultad práctica, que suscita este procedimiento ha tenido como resultado que no se haya acudido a él en la fundación de sociedades anónimas (García-Cruces 2016, 98, Esteban, 2011, 466). Si a esa complejidad, para el caso de las sociedades anónimas laborales, añadimos el hecho de la interposición del control administrativo (calificación de laboral) entre el otorgamiento de la escritura y el de suscripción en el RM, se comprende fácilmente las dificultades para llegar a constituir por este procedimiento una sociedad anónima laboral. Incluso —como se ha dicho— la dilatación temporal en la obtención de esa calificación puede fácilmente abortar el proceso, si pasa un año desde el depósito del programa de fundación y el folleto informativo en el Registro Mercantil sin haberse procedido a inscribir la escritura de constitución, pudiendo los suscriptores exigir la restitución de las aportaciones realizadas con los frutos que hubieran producido (art. 55 LSC).

No obstante, como hace unos años advertía Pagador (2005, 137) y se puede seguir advirtiendo en la actualidad, «no es posible desconocer que en una época como la presente, de creciente preocupación y sensibilidad social ante los fenómenos de deslocalización y cierre empresarial y destrucción de puestos de trabajo, el procedimiento de fundación sucesiva puede constituir, con todo, un cauce idóneo para canalizar la inquietud social dicha y permitir la supervivencia, bajo el ropaje de sociedades anónimas laborales...». En este sentido, las Administraciones públicas y las entidades de economía social tienen un buen instrumento para actuar como genuinos promotores de la constitución de sociedades laborales.

Por otra parte hay que resaltar que el procedimiento de fundación sucesiva de una sociedad anónima habrá de seguirse, necesariamente, cuando, con anterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad, se haga una llamada al ahorro público para suscribir las acciones que se vayan a emitir. En definitiva, cuando se dé una promoción pública de la suscripción de acciones por cualquier medio de publicidad o por la actuación de intermediarios financieros (art. 41 LSC).

Otro supuesto, también más hipotético que real, es la constitución de una Sociedad Limitada Nueva Empresa de índole laboral. La Ley 7/2003, de 1 de abril, crea la Sociedad limitada nueva empresa (SLNE) como un subtipo de la sociedad de responsabilidad limitada. Se buscaba simplificar los requisitos constitutivos, pensando, también, que podía ser una vía para canalizar pequeñas iniciativas económicas (Broseta y Martínez, 2014, 653). Su éxito ha sido escaso. Su régimen hoy se contiene en los artículos 434 a 454 LSC. Como se ha dicho, quizá las ventajas que aporta no compensen las importantes limitaciones que conlleva. De hecho, el frustrado Anteproyecto de Ley del Código Mercantil proponía su eliminación convirtiéndolas en sociedades limitadas.

En esta situación, se puede comprender el poco atractivo —lo poco aconsejable— que puede ser esta forma societaria —subtipo societario— para albergar una sociedad laboral. No nos servirán los estatutos sociales orientativos oficiales que se contemplan (art. 441 LSC)²¹ y, como ocurría en el caso anterior de la fundación sucesiva, la interposición del trámite de control administrativo entre el otorgamiento de la escritura y su inscripción en el Registro Mercantil da al traste con la rapidez del proceso constitutivo (Pagador, 2005, 143).

²¹ Aprobados por Orden del Ministerio de Justicia JUS/1445/2003, de 4 de junio.

1.4. Sociedad en formación laboral

Desde el otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad hasta que se inscribe en el Registro Mercantil, culminando regularmente el proceso constitutivo, transcurre un lapso de tiempo que la LSC contempla distinguiendo dos situaciones: la sociedad en formación y la sociedad devenida irregular. Hoy la ley regula ambas situaciones, reconociendo validez y eficacia a lo que se realice y estableciendo medios de responsabilidad y garantías. Hoy nadie duda que, en ambos casos, estemos ante un sujeto de Derecho, posible titular de derechos y obligaciones. Ambas situaciones caben, en nuestra opinión, en la constitución de la sociedad laboral.

A la sociedad en formación laboral le serán de aplicación los artículos correspondientes de la sociedad en formación (arts. 36-38 LSC), sin que existan especialidades derivadas del carácter laboral de la sociedad (Pagador, 2005, 140). Únicamente, a veces se plantea, si el hecho de que la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil requiera la presentación de la certificación que acredite que la sociedad ha sido calificada por el órgano competente (art. 4.2 LSLP), hace que todos los actos y contratados imprescindibles para que la sociedad obtenga la consideración de laboral hayan de recibir, a efectos del artículo 37, la consideración de actos y contratos indispensables para inscripción de la sociedad (Pagador, 2005, 140). La opinión dominante es que la expresión actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad ha de ser restrictiva; lo que lleva, por ejemplo, a que la responsabilidad por las deudas de los correspondientes contratos de trabajo (contratos de trabajo que son indispensables para la calificación laboral pero no para la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad limitada), habría de sujetarse al sistema de responsabilidad del artículo 36 y no a la del artículo 37 LSC²².

En nuestra opinión, sin embargo, el hecho de que el acto constitutivo suponga la voluntad de constituir una sociedad laboral (recogida expresamente en la escritura (art. 2.2 LSLP) y el hecho de que, como tal sociedad laboral, culmine todo el proceso con la inscripción en el Registro Mercantil (art. 4.2), permite concluir que los actos indispensables para la inscrip-

²² Por ello y toda vez que los contratos laborales de los socios trabajadores titulares de la mayoría del capital social, necesarios para que la sociedad pueda obtener la calificación de laboral, no puedan contar, en rigor, entre los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad del artículo 37 LSC (antes 15.2 TRLSA), algunos autores (Pagador, 141-142) proponen, como alternativa, la inscripción parcial de la sociedad.

ción conllevan implícitos los actos indispensables para la obtención de la calificación como laboral, sin la cual no es posible obtener la inscripción registral mercantil.

1.5. Sociedad irregular laboral

Otorgada la escritura pública la sociedad deviene irregular, conforme a los que se dispone en el artículo 39 LSC, cuando pasa un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción o, sin necesidad de haber transcurrido ese año, cuando se verifica la voluntad de no inscribir la sociedad en el Registro Mercantil. En esta situación, si la sociedad inicia o continúa sus operaciones y siempre que no haya posterior inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil —lo que no será improbable en una sociedad laboral—. Además, en esa situación de irregularidad, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad y «exigir, previa liquidación del patrimonio social, la cuota correspondiente, que se satisfará, siempre que sea posible, con la restitución de sus aportaciones» (art. 40 LSC).

Algunos autores desechan la posibilidad de la sociedad laboral irregular dada la obligación que se impone al Registrador Mercantil de remitir al Registro de Sociedades Laborales nota informativa de la práctica del asiento que afecte a la constitución en el plazo de 15 días (art. 4.5 LSLP y 5.3 RD 2114/1998); de tal manera que si el Registrador Mercantil no comunica la inscripción pasado un año desde el otorgamiento de la escritura de constitución, se produciría la caducidad del asiento de inscripción en el Registro de Sociedades Laborales, procediendo éste a la cancelación²³.

²³ Así Velerdas (2017, 73-74) y autores que referencia. El autor afirma, también, que para evitar las disfunciones que podría generar el hecho de que una sociedad laboral en formación devenga finalmente irregular, el acceso a los beneficios fiscales, ayudas públicas etc., previstos para las sociedades laborales, «debe quedar condicionado a que el Registro de Sociedades Laborales reciba la comunicación de la inscripción en el Registro Mercantil». En nuestra opinión esta conclusión supone atribuir unas funciones a la inscripción registral que, como antes apuntamos, no tiene. La sociedad laboral existe con el acto constitutivo en escritura pública. El control para la obtención de las ventajas o ayudas de índole administrativo no puede quedar condicionado a la inscripción mercantil. Aparte de la inseguridad que ello supone, el control del seguimiento de los criterios para la obtención de las ventajas o ayudas de índole administrativo no puede quedar fuera de la supervisión de la propia Administración que los concede.

En nuestra opinión, en la sociedad laboral, nada autoriza a la inaplicación de los artículos 39 y 40 LSC. La cancelación que se produzca en el Registro de Sociedades Laborales, no invalida, ni puede invalidar, el acto constitutivo de la sociedad laboral. Esa cancelación no dejará de ser un acto administrativo, sin trascendencia en las relaciones de índole civil, fuera de las responsabilidades que correspondan, que se ajustarán a lo dispuesto en el artículo 40 LSC.

2. Constitución sobrevenida o derivada

Hablamos de constitución sobrevenida, o derivada, de la sociedad laboral para referirnos a los procesos de constitución que se llevan a cabo a partir de una sociedad ya existente, como posibilita el propio artículo 2.2 LSLP²⁴. Procesos en los que, no obstante, podemos distinguir las situaciones que describimos a continuación.

2.1. Constitución sobrevenida procedente de una sociedad de capital, anónima o limitada, preexistente

La sociedad laboral puede provenir de una sociedad de capital ya existente. En estos casos podemos distinguir, por un lado, los de sociedades anónimas o limitadas que obtienen la calificación como sociedades laborales —en los que quizá podamos hablar de mera «conversión» (Farrando, 314)— y los casos en los que a la calificación de laboral se acompaña de un cambio del tipo societario, dando lugar, entonces, a una transformación.

Para los supuestos del primer grupo la propia LSLP (art. 4.3) se encarga de aclarar que no se trata de una transformación ni estará sometida a las normas aplicables a la transformación de sociedades²⁵. Habrá que aten-

²⁴ En su desarrollo sigue siendo de aplicación el Real Decreto 2114/1998, de 2 de octubre, sobre Registro Administrativo de Sociedades Laborales.

²⁵ El texto del actual 4.3 LSLP, es idéntico al del artículo 4.4 de la Ley de 1997: «*La obtención de la calificación como laboral por una sociedad anónima o de responsabilidad limitada no se considerará transformación social ni estará sometida a las normas aplicables a la transformación de sociedades*». Se ha dicho que es una declaración «reiterativa» (Farrando, 311), aunque —se añade— salvo que entendamos que el legislador ha querido dejar claro que la calificación de una sociedad como laboral no es una transformación —en tanto que modificación estructural— ni tampoco pueden aplicársele analógicamente sus reglas, esto es las contenidas en los artículos 3-21 LME.

der, por tanto, a la regulación específica del órgano societario que adopta los acuerdos favorables a la calificación, con la modificación estatutaria correspondiente²⁶.

En los supuestos del segundo grupo, en la medida en que suponen una transformación del tipo societario (paso de sociedad limitada o sociedad limitada laboral a sociedad anónima laboral o paso de sociedad anónima o sociedad anónima laboral a sociedad limitada laboral), será de aplicación, con todas las consecuencias, la LME.

2.2. Constitución sobrevenida procedente de otros tipos societarios

En los casos en los que la sociedad preexistente revista una forma distinta de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada y acuerde transformarse en una de estas dos al objeto de adquirir la calificación de sociedad laboral, estaremos ante una operación de transformación y será aplicable, entonces, la disciplina jurídica que corresponda en función de las circunstancias de cada caso, pero no por razón de la obtención de la calificación laboral, sino a causa del cambio de forma social producido previamente a la solicitud y obtención de la calificación (Pagador, 2005, 145).

En estos casos, por tanto, habrá que estar a lo que se dispone en la Ley de Modificaciones Estructurales (LME), sin perjuicio, claro está, de tener que cumplimentar el trámite de la calificación administrativa prevista en la LSLP.

Quizá las entidades en las que se pueda presentar mayor interés en la transformación a sociedad laboral puedan ser las sociedades cooperativas y las Sociedades Agrarias de Transformación. Respecto a estas últimas, y dada su consideración societaria (Roncero, 2006, 33 y ss.; Macías 2006, 719-720), el acuerdo y proceso de transformación, entendemos, queda sometido a la LME (arts. 8 y ss.).

En el caso de las cooperativas, la LME, en su artículo 4.5, contempla la posibilidad de transformación de una sociedad cooperativa en una sociedad mercantil o viceversa²⁷, si bien, en su artículo 7, reenvía la regulación

²⁶ Se suelen distinguir el acuerdo de solicitud de calificación del acuerdo de modificación de estatutos (Farrando, 2009, 315-316; Pagador, 2005, 148-149).

²⁷ Sobre el primer reconocimiento expreso a la posibilidad de transformación de cooperativas en sociedad de responsabilidad limitada y su evolución, puede verse

(requisitos y efectos) de la transformación de la sociedad cooperativa en otro tipo social (o viceversa) a la «legislación que le sea aplicable»²⁸. Ello obliga a acudir a las respectivas leyes de cooperativas autonómicas que tenemos en nuestro país. En este sentido, se ha dicho (Peñas, 2009, 257), nada se ha avanzado para evitar el carácter fragmentario y dispar que sigue ostentando el régimen jurídico existente. En nuestra opinión, el principal problema sigue siendo el de armonización legislativa autonómica en materia de cooperativas. La LME fue en este ámbito —y quizá siga siendo— una oportunidad para abordarlo.

IV. INVALIDEZ DEL PROCESO CONSTITUTIVO. LA NULIDAD DE LA SOCIEDAD LABORAL

La genérica remisión de la regulación de la sociedad laboral al régimen de las sociedades de capital hace que también lo sea a la regulación de la nulidad de la sociedad laboral y sus efectos (arts. 56 y 57 LSC)²⁹. La doctrina suele señalar que no hay ninguna especialidad en esta materia por razón de la calificación laboral de la sociedad (Pagador, 2005, 142). No obstante, en dos de las causas de nulidad recogidas en el artículo 56 LSC, incide la condición de sociedad laboral: la falta de expresión en los estatutos de la denominación de la sociedad, en la que tendremos que tener en cuenta las exigencias de denominación que establece el artículo 3 LSLP, y —la que nos parece de mayor relevancia— la falta de voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores en el acto constitutivo.

La necesaria concurrencia de voluntad efectiva en el acto constitutivo para enervar la nulidad, requerirá «la voluntad de los otorgantes de fundar una sociedad laboral» (art. 2.2 LSLP). Se requiere así una voluntad de manifestación y una voluntad de contenido (Sánchez, 2011 540). Entre todas las hipótesis en las que pueda apreciarse ausencia de voluntad negocial en los intervinientes —en las que aquí no nos podemos detener— es la simu-

Peñas (2009, 255 y ss. y referencias ahí indicadas). También, Macías (2006, 705 y ss.).

²⁸ En su artículo 2 la LME, al determinar el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, excluye de la misma las modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas.

²⁹ Sobre los mismos remitimos a nuestros comentarios (Sánchez, 2011, 536 y ss.).

lación la que mayor trascendencia práctica ofrece³⁰. La simulación supone una ausencia de voluntad negocial que puede afectar a los sujetos, al objeto o a la causa; con lo que la técnica de la invalidez societaria se convierte en un mecanismo muy útil de garantía de legalidad contra abusos y fraudes en la utilización de la sociedad laboral³¹.

V. EMPRESAS EN CRISIS Y CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES LABORALES: CARENCIAS EN EL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL

Como nos recuerdan los comentaristas, la figura de la sociedad laboral surgió en nuestro país como fórmula para dar continuidad a empresas en crisis (Andreu, 2017, 29; Vargas, 2015, 129 y ss.; Paniagua, 2015 a), 5; Barrero, 2015, 2); Lejarriaga y Martín, 2013, 306 y ss.; Farrando, 2009, 310; Pagador, 2005, 21). Las primeras normas fueron de índole administrativo (órdenes ministeriales) destinadas a aprobar los planes de inversión. Después adquirieron reconocimiento legal (Ley 15/1986, de Sociedades anónimas laborales). En la Ley 4/1997, de Sociedades laborales, se nota el tránsito de una regulación pensada para salvar a empresas en crisis a través de la adquisición de sus acciones por los trabajadores a otra dirigida a incentivar la constitución de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada como simples fórmulas de autoempleo (Vargas, 2015, 129). La LSLP de 2015 olvida esos orígenes³², y no hace mención a la oportunidad del tipo social para instrumentalizar la transmisión de empresas en crisis a los empleados³³.

³⁰ La simulación, entendemos, constituye una anomalía del consentimiento, consistente en una divergencia consciente y querida entre lo manifestado y lo realmente pretendido en el negocio jurídico, divergencia que puede afectar a los sujetos, al objeto o a la causa (Sánchez, 2011, 540).

³¹ La relevancia de la voluntad constitutiva se destaca también en la doctrina (Paniagua, 2015, 23). La SAP de Madrid (Sección 12ª) 780/2006, de 28 de noviembre, niega —con independencia de las matizaciones que hubiera que hacer— la pretensión de existencia de sociedad laboral porque «no se ha demostrado que la voluntad de las socias fuera constituir una sociedad anónima laboral, pues, aparte de la omisión de las exigencias formales que son constitutivas, ni expresa ni tácitamente han manifestado que tal fuera su voluntad».

³² Algún autor habla de «emancipación» (Barrero, 2015).

³³ Las dos alternativas que existen son: transmitir o ceder a una entidad de nueva creación constituida por los trabajadores el conjunto de bienes y derechos afectos

Nuestra Ley Concursal, que desde su aprobación en 2003 ha sido objeto de múltiples modificaciones, no ha sabido recoger normas que favorezcan esa forma de transmisión o de reestructuración empresarial³⁴. Probablemente, con todos los intereses que confluyen en el concurso, tampoco haya un clima favorable, ni quizá la información suficiente, para hacer continuar la empresa a través de la forma de sociedad laboral (Vargas, 132). Queda, pues, mucha labor por hacer. La Comisión de seguimiento de prácticas de refinanciación y concursales, creada en la Ley 9/ 2015, de 25 de mayo, de medidas urgente en materia concursal, (Disposición adicional tercera) puede proponer al Gobierno las reformas convenientes³⁵. Pero, también, las Administraciones públicas, en las situaciones de crisis empresariales, y en cumplimiento del artículo 129. 2 CE, pueden contribuir eficazmente a superar las barreras que impiden a los empleados continuar la explotación de la empresa en la que trabajan³⁶.

VI. REFLEXIÓN FINAL: LA CONVENIENCIA DE UNA CLARIFICACIÓN LEGISLATIVA EN LOS PROCESOS CONSTITUTIVOS DE LA SOCIEDAD LABORAL COMO TIPO SOCIETARIO AUTÓNOMO DE LA ECONOMÍA SOCIAL

La técnica seguida por el legislador, de remisión genérica de la sociedad laboral al régimen de las sociedades mercantiles de capital, no deja de ser contradictorio, genera inseguridad y no resuelve los conflictos de intereses que se ponen en juego entorno al fenómeno de la sociedad laboral. Como se ha señalado por la doctrina, en el movimiento asociativo y entre

a la actividad empresarial (cesión, venta, arrendamiento, cesión global, escisión) o, en el caso de que la empresa en crisis sea una sociedad, transmitir la empresa a los empleados a través de la adquisición de las acciones o participaciones (Vargas, 2015, 131).

³⁴ Vargas Vasserot (2015, 131-132), a título de ejemplo, señala algunas: opción preferente de trabajadores en caso de liquidación; créditos salariales; créditos públicos, convenios de continuación.

³⁵ Entre ellas, por ejemplo, facilitar la transmisión o reestructuración no solo en la fase del convenio (posible en el artículo 100 de la Ley Concursal), sino también en la fase común, cuestión que, con el texto vigente, no está asentada en la doctrina.

³⁶ Vargas Vasserot (2015, 133) concreta esas barreras en la falta de una masa crítica de trabajadores que quieran continuar la empresa en crisis (desconocimiento, poco apoyo de sindicatos...) y en las dificultades de financiación.

los poderes públicos, es difícil alcanzar un acuerdo de la reforma del tipo sociedad laboral (Paniagua, 2015 a, 16). Podemos bascular entre la configuración de la sociedad laboral como simple especialidad de la sociedad de capital anónima o limitada (que es lo que ha predominado hasta ahora) o podemos apostar por una configuración típica de la economía social que interiorice en su estatuto jurídico los fines sociales y de interés general y los principios y los valores de la economía social. Entre los dos extremos, indudablemente, caben grados; desde luego son viables reformas más ambiciosas, a las que, pensamos, no deberíamos renunciar, configurando un tipo societario autónomo que sirva al mandato constitucional del artículo 129.2 CE, pero lo que no cabe es retroceder en la «singularidad causal» de la sociedad laboral que no deberá perder de vista, como entidad de economía social que es, los principios y valores de la economía social que se aluden en los artículo 2 y 4 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

En esa configuración tipológica autónoma de la sociedad laboral, probablemente ni tenga que dejar de ser mercantil, ni prescindir de las formas típicas mercantiles de anónima o limitada; la polivalencia funcional —más o menos intensa— de las formas de las sociedades de capital que el ordenamiento jurídico ofrece, permite que, a través de ellas, pueda darse cumplimiento al mandato contenido en el artículo 129.2 C E (Sánchez, 2010, 173-174)³⁷. Pero sí convendrá repensar el papel y función que deben cumplir las Administraciones públicas en la «calificación de Sociedad Laboral» de las sociedades. El sistema de autorización administrativa no está justificado, encuentra difícil explicación en un sistema de disposiciones normativas, complica más que facilita y termina siendo un desincentivo a la creación de sociedades laborales. Su supresión, entendemos, sería bien recibida en el sector de la economía social.

De la misma manera, también conviene repensar la conveniencia de excepcionar la exigencia de pluralidad de socios en el momento constitutivo por el tiempo necesario para la consolidación de la sociedad laboral. El papel que pueden desempeñar algunas entidades o las propias administraciones públicas como promotoras o emprendedoras de entidades de economía social, como las sociedades laborales, sin duda, es mejorable y, desde luego, se legitima, también, por el artículo 129.2 de la CE.

³⁷ En otro sentido, hay autores que ven a la sociedad laboral en esencia personalista y autogestionada, rasgos —se dice— de difícil encaje en el régimen propio de una sociedad capitalista (Velerdas, 2017, 71 y referencias ahí indicadas).

En fin, ahora que la sociedad laboral —entendemos— se ha «emancipado» de la vinculación con las empresas en crisis, que confería —según se ha dicho (Barredo, 2015)— a esta modalidad societaria un halo de conflictividad y precariedad, quizá sea el momento de retomar la potencialidad de la forma de la sociedad laboral como solución a esas situaciones de crisis empresariales, a través de una legislación concursal que lo facilite y favorezca, sin aquellas connotaciones negativas.

Bibliografía

- ANDREU MARTÍ, M^a del M. (2010). «Luces y sombras de la reforma de la ley de sociedades laborales». *CIRIEC-España: Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 21, 119-144.
- (2017). «La sociedad laboral del siglo XXI. Significado y configuración» en María del Mar ANDREU MARTÍ (dir.), Irene ESCUÍN IBÁÑEZ & María del Carmen PASTOR DEL PINO (coors.), *El régimen jurídico de las Sociedades laborales* (pp. 27-47). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters.
- BARRERO RODRÍGUEZ, E. (2015). «Consideraciones sobre la reforma del régimen legal de las sociedades laborales». *Revista de Derecho de Sociedades*, 45, 246-287. Y Revista electrónica.
- BROSETA PONT, M. & MARTÍNEZ SANZ, F. (2014). *Manual de Derecho Mercantil*, 21^a ed. VI Tecnos.
- CANO LÓPEZ, A. (2008). «Algunas reflexiones tópicas al hilo de una singular y necesaria propuesta de reforma», *CIRIEC-España: Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 19, 159-171.
- ESTEBAN RAMOS, L. M^a. (2011). «La constitución sucesiva de la sociedad anónima. Ámbito de aplicación (art. 51)» En Ángel ROJO & Emilio BELTRÁN (dirs.) *Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital*, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T.I. (pp. 465-469). Madrid: Civitas Thomson-Reuters.
- FAJARDO GARCÍA, G. (2008). «Aspectos societarios de la reforma de la Ley de Sociedades Laborales», *CIRIEC-España: Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 19, 141-158.
- FARIAS BATLLE, M. (2017). «La sociedad participada por los trabajadores “versus” participación financiera de los trabajadores en la empresa», en María del Mar ANDREU MARTÍ (dir.), Irene ESCUÍN IBÁÑEZ & María del Carmen PASTOR DEL PINO (coors.), *El régimen jurídico de las Sociedades laborales* (pp. 301-329). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters.
- FARRANDO MIGUEL, I. (2009). «La calificación y descalificación de sociedades anónimas y limitadas como sociedades laborales». En Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS (coord.) *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, T.I (pp. 307-319). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (2016). *Derecho de sociedades mercantiles*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- GARCÍA RUIZ, E. (2017). «El régimen societario de las sociedades laborales en la nueva Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas». *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, 123, 64-93.
- LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G. & MARTÍN LÓPEZ, S. (2013). «La sociedad laboral: una forma de hacer empresa con historia». En LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G.; MARTÍN LÓPEZ, S. & MUÑOZ GARCÍA, A., *40 años de historia de las empresas de participación*. (pp. 305-339). Madrid: Escuela de Estudios Cooperativos de la Universidad Complutense de Madrid: edit. Verbum.
- MACÍAS RUANO, A. J. (2006). «Modificaciones estructurales en las cooperativa y sociedades agrarias de transformación», en Juana PULGAR EZQUERRA (dir.) Carlos VARGAS VASSEROT (coor.), *Cooperativas agraria y sociedades agrarias de transformación* (pp. 679-726). Madrid: Dykinson.
- MUÑECAS HERRERAS, J. (2015). «La nueva ley de sociedades laborales: la sociedad laboral, referencia de la empresa participada» en Gemma FAJARDO GARCÍA (Coor.) *Empresas gestionadas por sus trabajadores. Problemática jurídica y social* (pp. 211-217). CIRIEC. España.
- OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (2015). «Las sociedades participadas: ¿Un avance o un peligro?» en Gemma FAJARDO GARCÍA (Coor.) *Empresas gestionadas por sus trabajadores. Problemática jurídica y social* (pp. 119-224). CIRIEC. España.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (2005). «Las sociedades laborales, la sociedad de garantía recíproca». En Manuel OLIVENCIA, Carlos FERNÁNDEZ NOVOA & Rafael JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.). JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coor.) *Tratado de Derecho Mercantil*. T. 12 V. 2. Madrid: Marcial Pons.
- PANIAGUA ZURERA, M. (2015 a). «La singularidad tipológica de la sociedad laboral y su legislación adecuada. (A propósito de la Proposición de Ley de sociedades laborales de Confesal y de la aplicación judicial de la Ley 4/1997, de sociedades laborales)». *Revista de Derecho de Sociedades*, 44, 171-232. Revista electrónica.
- (2015 b). «Las sociedades laborales en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil». En ILLESCAS ROJAS, C., ILLESCAS ROJAS, E. & ILLESCAS ROJAS, A. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. (pp. 726-744). Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21060/sociedadeslaborales_paniagua_RIO_2015.pdf?sequence=1.
- PEÑAS MOYANO, M^a J. (2009). «Transformación de sociedades cooperativas (cooperativa nacional y cooperativa europea)», en Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS (coor.) *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, T.I* (pp. 249-305). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters.
- RONCERO SÁNCHEZ, A. (2006). «La importancia económica, régimen legal y características propias de las cooperativas agraria y de las sociedades agrarias de transformación», en Juana PULGAR EZQUERRA (dir.) Carlos VARGAS VASSEROT (coor.), *Cooperativas agraria y sociedades agrarias de transformación* (pp. 21-43). Madrid: Dykinson.
- SÁEZ LACAVE, I. (2011). «Efectos de la inscripción (art. 33)» En Ángel ROJO & Emilio BELTRÁN (dirs.) *Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital, en Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, T.I*. (pp. 420-426). Madrid, Civitas Thomson-Reuters.
- SÁNCHEZ PACHÓN, L. A. (2007). *Las causas de nulidad de las sociedades de capital*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.

- (2010). «Marco jurídico de las empresas de economía social en la Comunidad de Castilla y León», en Josefa Eugenia FERNÁNDEZ ARUFE, Jesús María GÓMEZ GARCÍA & Azucena ROMÁN ORTEGA (coors.). Valladolid: Universidad de Valladolid.
 - (2011). «Causas de nulidad (art. 56)». En Ángel ROJO & Emilio BELTRÁN (dirs.) *Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital, en Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, T.I.* (pp. 536-548). Madrid, Civitas Thomson-Reuters.
- SÁNCHEZ PACHÓN, L. A. & PÉREZ CHINARRO, E. (2015). «Las entidades de economía social como protagonistas de un nuevo modelo de emprendimiento y medidas legales de apoyo al emprendimiento» *CIRIEC-España. Revista de economía pública, social y cooperativa*, 84, 35-62.
- VARGAS VASSEROT, C. (2015). «Barreras para la transmisión de empresas a sus trabajadores en España. Mejor tarde que nunca», en Gemma FAJARDO GARCÍA (Coor.) *Empresas gestionadas por sus trabajadores. Problemática jurídica y social* (pp. 125-135). CIRIEC. España.
- VELERDAS PERALTA, A. (2017). «Régimen de constitución de la sociedad laboral. Adquisición y pérdida de la calificación sociedad laboral» en María del Mar ANDREU MARTÍ (dir.), Irene ESCUÍN IBÁÑEZ & María del Carmen PASTOR DEL PINO (coors.), *El régimen jurídico de las Sociedades laborales* (pp. 49-87). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.

*La escritura de constitución y los estatutos de la sociedad laboral*¹

JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA

*Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD LABORAL. 1. Contenido de la escritura de constitución de la sociedad laboral. 2. Escritura de constitución y coordinación de Registros. III. CONTENIDO DE LOS ESTATUTOS SOCIALES DE LA SOCIEDAD LABORAL. 1. Contenido mínimo de los estatutos. 2. Contenido voluntario de los estatutos previsto por la Ley de sociedades laborales. 3. Nulidad de cláusulas estatutarias. IV. MODIFICACIONES ESTATUTARIAS. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, las sociedades laborales son sociedades de capital por su forma y por tanto les son aplicables las normas relativas a las sociedades anónimas y limitadas². Su reciente reforma legal pretende la adecuación de la Ley de sociedades laborales al nuevo marco normativo general y una sistematización de sus normas más acorde con la establecida en la Ley de sociedades de capital.

El legislador español ha querido modernizar y mejorar la regulación de las sociedades laborales en España, de acuerdo con las recomendaciones europeas, pues considera muy útil el fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa.

Además las coincidencias entre sociedades anónimas laborales y sociedades laborales de responsabilidad limitada aconsejan adoptar, en algunos

¹ Trabajo para el Programa I+D+i «Reformas en la organización y gobierno corporativo de las sociedades de capital» (DER2014-52831-R).

² Véanse el apartado I del Preámbulo de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas y su artículo 1.1 («BOE» núm. 247, de 15/10/2015).

casos, soluciones jurídicas comunes y eso lo podemos comprobar en el tema que vamos a tratar: La escritura de constitución de la sociedad laboral y sus estatutos³.

II. ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD LABORAL

Cuando hablamos de constitución de la sociedad laboral podemos referirnos a dos situaciones muy diferentes: 1. La constitución *ex novo* de la

³ Sobre la reforma de las sociedades laborales, véanse, entre otros, Andreu Martí, M^a. M., (2010) «Luces y sombras de la reforma de la Ley de sociedades laborales», *Revista Jurídica de Economía social y Cooperativa, Ciriéc*, núm. 21, pp. 119 a 144 y (2013) «Consideraciones sobre la propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Laborales», en AA.VV., *Economía social y Derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas de Economía social* (codirs. Gómez Manresa, M. F. y Pardo López, M. M.), Ed. Comares, Granada, pp. 19 a 47; Barrero Rodríguez, E., (2015) «Consideraciones sobre la reforma del régimen legal de las sociedades laborales», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 45, pp. 249 a 289; Boquera Matarredona, J., (2016) «Novedades en la regulación del órgano de administración de las sociedades laborales», *Revista jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 26, pp. 1 a 19; Cano López, L. A., (2008) «Algunas reflexiones tópicas al hilo de una singular y necesaria propuesta de reforma», *Revista jurídica de Economía Social y Cooperativa, Ciriéc*, núm. 19, pp. 159 a 171; Fajardo García, G., (2008) «Aspectos societarios de la reforma de la Ley de sociedades laborales», *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, Ciriéc*, núm. 19, pp. 141 a 158; García Ruiz, E., (2013) «El régimen legal de las sociedades laborales sometido a revisión», *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 4, pp. 249 a 280 y «El régimen societario de las sociedades laborales en la nueva Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas», *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos* <http://dx.doi.org/10.5209/REVE.52991>; Olavarría Iglesia, J., (2008) «Algunos aspectos societarios de la propuesta de reforma de la Ley de sociedades laborales presentada por CONFESAL», *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, Ciriéc*, núm. 19, pp. 173 a 177; Paniagua Zurera, M., (2015) «Las sociedades laborales ante el Anteproyecto de Ley del nuevo Código Mercantil» en AA.VV. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Morillas Jarillo, Perales Viscasillas y Porfirio Carpio (dirs.), pp. 726 a 744 y (2015) «La singularidad tipológica de la sociedad laboral y su legislación adecuada. (A propósito de la Proposición de Ley de Sociedades Laborales de Confesal y de la aplicación judicial de la Ley 4/1997, de Sociedades Laborales)», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 44, pp. 171 a 232, y Sáenz García De Albizu, J. C., (2008) «Propuesta de reforma de la Ley de 1997 de sociedades laborales», *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, Ciriéc*, núm. 19, pp. 179 a 187.

sociedad laboral⁴. 2. Una sociedad anónima o de responsabilidad limitada preexistente se convierte en sociedad laboral (adquisición sobrevenida de la calificación de sociedad laboral)⁵. En el último supuesto, debemos recordar que la obtención de la calificación administrativa de laboral por parte de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada preexistentes no se considera transformación social, ni está sometida a las normas aplicables a la transformación de sociedades (art. 4.3 LSLP)⁶. La sociedad preexistente que solicita la calificación de laboral debe acordar la adecuación de sus estatutos sociales antes de la presentación de la solicitud ante el órgano administrativo competente⁷. Ahora

⁴ En el caso de constitución *ex novo*, el artículo 2. 2 de la LSLP dispone que debe aportarse copia autorizada de la escritura en la que conste expresamente la voluntad de los otorgantes de constituir una sociedad laboral.

⁵ La sociedad preexistente que adquiere la condición de laboral debe aportar certificación del Registro Mercantil sobre los asientos vigentes, copia autorizada de la escritura de elevación a públicos del acuerdo de la Junta general a favor de la calificación de sociedad laboral y el acuerdo de la modificación de los artículos de sus estatutos para adaptarlos a lo previsto en la LSLP, y del libro registro de acciones nominativas o del libro registro de socios para comprobar la titularidad de las acciones o participaciones.

⁶ Podría darse el caso de que una sociedad mercantil que no fuera sociedad anónima o sociedad limitada se transformara en sociedad anónima o de responsabilidad limitada y adquiriera la condición de laboral. Para ello sería necesario el cumplimiento de los límites de participación establecidos por la LSLP, el acuerdo de transformación y el acuerdo de la junta general favorable a la solicitud de tal calificación.

⁷ Sobre el traspaso de funciones y medios de la Administración del Estado a la Comunidades autónomas, véanse a la Comunidad Valenciana el RD 519/1989, de 12 de mayo (BOE núm. 119, de 19 de mayo); a la Generalidad de Cataluña el RD 1225/1989, de 8 de septiembre (BOE núm. 248, de 16 de octubre); a la Comunidad Autónoma de Galicia el RD 1456/1989, de 1 de diciembre (BOE núm. 294, de 8 de diciembre); a la Comunidad Autónoma de Andalucía el RD 558/1990, de 27 de abril (BOE núm. 110, de 8 de mayo); a la Comunidad Foral de Navarra el RD 1071/1990, de 31 de agosto (BOE núm. 210, de 1 de septiembre); a la Comunidad Autónoma de Canarias el RD 1306/1990, de 26 de octubre (BOE núm. 261, de 31 de octubre); a la Comunidad Autónoma del País Vasco el RD 1545/1994, de 8 de julio (BOE núm. 174, de 22 de julio); a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha el RD 383/1995, de 10 de marzo (BOE núm. 93, de 19 de abril); a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el RD 374/1995, de 10 de marzo (BOE núm. 92, de 18 de abril); a la Comunidad Autónoma de Extremadura el RD 641/1995, de 21 de abril (BOE núm. 117, de 17 de mayo); a la Comunidad Autónoma de Aragón el RD 567/1995, de 7 de abril (BOE núm. 111, de 10 de mayo); a la Comunidad de Castilla y León el RD 832/1995, de 30 de mayo (BOE

bien, los requisitos para la obtención de la calificación de sociedad laboral son los mismos en la constitución *ex novo* y en la adquisición de la condición de laboral por sociedad existente⁸.

En el caso de la sociedad de nueva creación existe la adquisición originaria de la condición de sociedad laboral. Para la constitución de esa sociedad laboral debemos unir el procedimiento de constitución de la persona jurídica sociedad y la solicitud y obtención para la sociedad de la calificación de laboral por la autoridad administrativa correspondiente⁹ (acto administrativo)¹⁰. Ésta es el Ministerio de Empleo y Seguridad Social o el órgano competente de la respectiva Comunidad Autónoma¹¹⁻¹².

La sociedad laboral, como toda sociedad mercantil, debe inscribir su escritura de constitución y sus estatutos en el Registro Mercantil (art. 4.2 LSLP), y además en el Registro de Sociedades Laborales del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (art. 4.1 LSLP)¹³.

núm. 160, de 6 de julio); a la Comunidad de Madrid el RD 933/1995, de 9 de junio (BOE núm. 164, de 11 de julio); a la Comunidad Autónoma de La Rioja el RD 944/1995, de 9 de junio (BOE núm. 160, de 6 de julio); a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares el RD 99/1996, de 26 de enero (BOE núm. 52, de 29 de febrero); a la Comunidad Autónoma de Cantabria el RD 1901/1996, de 2 de agosto (BOE núm. 218, de 9 de septiembre); y al Principado de Asturias el RD 2087/1999, de 30 de diciembre (BOE núm. 22, de 26 de enero).

⁸ Las modificaciones estatutarias acordadas (denominación social, composición del capital, dotación de la reserva especial, transmisión de acciones o participaciones, ...) no podrán inscribirse en el Registro mercantil hasta que la sociedad haya adquirido la calificación administrativa de laboral.

⁹ El artículo 2. 2 de la LSLP dispone que «la calificación de “Sociedad Laboral” se otorgará previa solicitud de la sociedad, a la que acompañará la documentación que se determine reglamentariamente».

¹⁰ El órgano administrativo competente, mediante un procedimiento *ad hoc*, comprueba que concurren los requisitos legales exigidos y adopta una resolución estimando la solicitud.

¹¹ El artículo 2 de la LSLP dispone que corresponde al Ministerio de Empleo y Seguridad Social o, en su caso, a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que hayan recibido los correspondientes traspasos de funciones y servicios en materia de calificación y registro de sociedades laborales, el otorgamiento de la calificación de «Sociedad Laboral», así como el control del cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley y, en su caso, la facultad de resolver sobre la descalificación de una sociedad.

¹² Es una competencia transferida en todas las Comunidades Autónomas.

¹³ A diferencia del Registro Mercantil, el Registro de Sociedades Laborales no califica, simplemente deja constancia de ciertos actos a efectos administrativos.

La calificación del Registrador mercantil tiene sentido que se realice cuando se ha solicitado y obtenido la calificación de laboral. En todo caso, el legislador, como veremos más adelante, considera necesaria la coordinación del Registro mercantil con otros registros administrativos (art. 4 LSLP y 85 del RRM). Parece tener en cuenta que el Registrador mercantil al ejercer su función calificadora puede discrepar de lo dicho por el Registro de Sociedades Laborales y considerar que la sociedad no cumple con los requisitos para obtener la calificación de sociedad laboral¹⁴.

El artículo 4. 2 de la LSLP dispone claramente que la sociedad gozará de personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro Mercantil¹⁵.

En el supuesto de que una sociedad preexistente (anónima o de responsabilidad limitada)¹⁶ inscrita en el Registro Mercantil quiera adquirir la condición de sociedad laboral, aunque no exista una transformación social ni esté sometida a las normas aplicables a la transformación de sociedades¹⁷, debe acordarse en Junta General solicitar el otorgamiento de la calificación de sociedad laboral y también acordar los cambios oportunos en sus estatutos para cumplir las previsiones legales de las sociedades laborales (ej: denominación social, representación y transmisión de acciones o

¹⁴ El peligro de una posible disparidad de criterios entre el Registro Mercantil y el Registro administrativo de Sociedades Laborales sobre si la sociedad cumple o no los requisitos exigidos para la obtención de la calificación de laboral ya se tuvo en cuenta y fue criticado en reformas anteriores de la Ley de Sociedades Laborales. Véase Pagador López, J., (2005) *Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca*, Tratado de Derecho Mercantil (coord. Jiménez Sánchez), Ed. Marcial Pons, Madrid, Tomo 12, vol. 2º, pp. 121 a 130.

¹⁵ Véase la STS de 28 de junio de 1999 (RJ 1999, 4568) que establece que es necesaria la inscripción en el Registro Mercantil de tales sociedades para tener personalidad jurídica y que no es suficiente para gozar de esa condición la mera inscripción de la sociedad anónima laboral en el Registro «ad hoc» del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social -Registro Administrativo.

¹⁶ La sociedad preexistente puede ser una sociedad personalista, pero en ese caso la sociedad deberá en primer lugar transformarse en sociedad anónima o en sociedad de responsabilidad limitada y modificar sus estatutos para cumplir los requisitos de una sociedad laboral y posteriormente solicitar la calificación de sociedad laboral.

¹⁷ En consecuencia los socios contrarios a la obtención de la calificación de laboral no tiene derecho de separación.

Véase la Disposición adicional tercera de la LSLP establece que «a efectos de la legislación de arrendamientos, no existe transmisión cuando una sociedad anónima o limitada alcance la calificación de laboral o sea descalificada como tal».

participaciones, ...) ¹⁸. Se trata de dos acuerdos distintos que no necesariamente deben adoptarse simultáneamente y que tienen diferente régimen de adopción. Aunque el acuerdo de solicitud de la calificación de laboral es un acuerdo de especial transcendencia para la sociedad no exige ni quórum ni mayorías reforzadas, al contrario que el acuerdo de modificación de estatutos para cumplir los requisitos exigidos a las sociedades laborales.

La sociedad que solicita la calificación de sociedad laboral debe aportar certificación literal del Registro Mercantil sobre los asientos vigentes relativos a la misma, copia autorizada de la escritura de elevación a público de los acuerdos de la Junta General favorables a la calificación de sociedad laboral y a la modificación de los artículos de sus estatutos para adaptarlos a lo previsto en esta ley, así como del Libro registro de acciones nominativas o del Libro registro de socios que refleje la titularidad de las acciones o las participaciones (art. 2. 2 *in fine* LSLP) ¹⁹. La norma pretende que la autoridad administrativa que otorgue la calificación de sociedad laboral tenga conocimiento de la situación de la sociedad en el momento en que acuerda solicitar la calificación de laboral, así como la documentación que acredite el acuerdo social de solicitud de dicha calificación y el acuerdo de modificación de estatutos para adaptarse a las exigencias de la LSLP ²⁰. Este último será necesario para que la sociedad demuestre que cumple los requisitos del carácter laboral y que la solicitud pueda ser estimada.

Nos proponemos analizar el contenido de la escritura de constitución de la sociedad laboral y de sus estatutos sociales, pero dado que a las sociedades laborales le son de aplicación las normas de la Ley de Sociedades de Capital (Disposición adicional tercera. Derecho supletorio, de la LSLP) ²¹ trataremos únicamente aquellas menciones que pone de relieve

¹⁸ Podemos estar ante una sociedad unipersonal que deba lograr previamente la pluripersonalidad; debe preverse la reserva especial (art. 14 LSLP), ...

¹⁹ Véase el artículo 2.1 del RD 2114/1998.

²⁰ El acuerdo de modificación de estatutos se inscribirá en el Registro Mercantil cuando la sociedad sea calificada de laboral. El artículo 4. 2 del RD 2141/1989 dispone que «la constancia en el Registro Mercantil de la calificación como laboral de una sociedad previamente inscrita se hará por medio de una nota marginal en la hoja abierta a la misma. Esta nota se practicará en virtud de la misma certificación a que se refiere el apartado anterior y habrá de ser simultánea a la inscripción de las modificaciones de los Estatutos sociales que sean precisos para adecuarlos a las exigencias de la Ley de Sociedades Laborales».

²¹ Dicha remisión explica la parquedad de la LSLP que sólo tiene 20 artículos.

la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas al incidir en el carácter de laboral de la sociedad anónima o limitada²².

1. Contenido de la escritura de constitución de la sociedad laboral

Para la constitución de la sociedad laboral hay que coordinar los artículos 19 a 23 de la LSC con las exigencias de carácter laboral establecidas en la LSLP.

De las menciones mínimas exigidas por el artículo 22 de la LSC para la escritura de constitución de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, tienen una especial transcendencia para las sociedades laborales la identificación de los socios [art. 22.1.a)], las aportaciones que cada socio realice o se haya comprometido a realizar a la sociedad y la numeración de las acciones o participaciones atribuidas a cambio de las aportaciones [art. 22.1.c)]²³.

Estas menciones nos permitirán comprobar que se cumplen los requisitos para la calificación de la sociedad como laboral, pues es necesario que los socios trabajadores con relación laboral por tiempo indefinido tengan la propiedad de la mayoría del capital social (art. 1. 2 LSLP) y cada uno de los socios no supere más de la tercera parte del capital social o que de superarlo se encuentre en uno de los supuestos permitidos por el artículo 1.2.b) de la LSLP²⁴.

Dichas menciones también nos permiten saber si estamos ante alguna de las excepciones previstas por la LSLP por constituirse la sociedad con dos socios [art. 1 b) apartado segundo] o socios entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, entidades no lucrativas o de economía social [art. 1 b) apartado tercero], lo que implicaría que podría

²² Véase el artículo 3 de la LSC.

²³ El artículo 5. 2 de la LSLP prohíbe la creación de acciones o participaciones privadas del derecho de voto y el artículo 1 se refiere a ostentar el poder en la sociedad no sólo por la proporción del capital sino también por los derechos de voto. De este modo se tiene en cuenta que puede tratarse de una sociedad limitada laboral con participaciones de voto plural.

²⁴ Como hemos dicho, no es suficiente con cumplir con los requisitos exigidos por la LSLP, sino que es necesario que la sociedad obtenga la calificación de «laboral» tras un procedimiento administrativo de concesión como dispone el art. 2 de la LSLP que puede tramitarse por medios electrónicos, informáticos y telemáticos (art. 2.3. LSLP).

superar temporalmente la titularidad de acciones o participaciones que represente más de la tercera parte del capital social²⁵.

La Ley tiene como el objetivo limitar la participación individual del socio en el capital social e impedir que cualquiera de los socios se haga con el control de la sociedad, es decir, evitar la posición de poder o dominio. De ahí la exigencia implícita de tres socios fundadores por la imposición de la titularidad máxima de un tercio de las acciones o participaciones sociales²⁶. Pero también ha querido facilitar la creación de este tipo de sociedades y por ello permite constituir inicialmente la sociedad con dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido y el capital social y los derechos de voto distribuidos al cincuenta por ciento [art. 1. 2 b) LSLP], pero con la obligación de ajustarse al límite máximo de participación individual en el capital social en el plazo máximo de 36 meses [art. 1. 2 b), *in fine*, LSLP].

En la escritura de constitución de la sociedad debe quedar claro que se cumple la exigencia del artículo 5. 2 de la LSLP de que las acciones y participaciones de las sociedades laborales se dividirán en dos clases: las que sean propiedad de los trabajadores cuya relación laboral sea por tiempo indefinido (clase laboral) y las restantes (clase general)²⁷.

La representación de las acciones y participaciones debe dejar claro que son nominativas, iguales y con voto (art. 5.1 LSLP).

2. Escritura de constitución y coordinación de Registros

La sociedad laboral goza de personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro Mercantil (art. 4 LSLP y 33 LSC).

²⁵ Por supuesto el capital social mínimo de la sociedad dependerá del tipo social adoptado (art. 4. 1 y 3 LSC).

²⁶ Se impide la existencia de sociedades laborales unipersonales. La unipersonalidad sobrevenida en una sociedad laboral conllevará la pérdida de su calificación de laboral.

²⁷ Debe tenerse presente que la LSLP admite la adquisición por la sociedad laboral de sus propias acciones y participaciones sociales en los supuestos en ella regulados, con cargo a los beneficios, a la reserva especial o a otras reservas disponibles (art. 12).

En la hoja abierta a la sociedad por el Registro Mercantil constará su carácter laboral en nota marginal (art. 4. 2 *in fine* LSLP)^{28 29}.

En la escritura de constitución otorgada por los socios fundadores debe constar la voluntad de constituir una sociedad laboral [arts. 2. 2 LSLP y 22. 1. b) LSC]³⁰. Los socios fundadores tendrán la voluntad de constituir la sociedad y de solicitar la calificación de laboral para la misma.

La Ley de Sociedades Laborales establece la necesaria coordinación entre el Registro Mercantil y el Registro de Sociedades Laborales previa a cualquier inscripción relacionada con la constitución y extinción de la sociedad laboral, la modificación de estatutos relativa a la denominación, domicilio social, composición del capital social y al régimen de transmisión de acciones o participaciones (art. 4. 4). Se le impone al Registro Mercantil la obligación de remitir al registro administrativo nota simple informativa de la práctica de los asientos que afecten a la constitución de la sociedad laboral, así como de las modificaciones estatutarias relativas a la denominación, domicilio social, composición del capital social y al régimen de transmisión de acciones o participaciones (art. 4.5 LSL).

En este sentido, el artículo 2. 1 de la LSLP y su Disposición adicional primera inciden en que se llevarán a cabo actuaciones de armonización, colaboración e información entre el Registro del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Registro Mercantil y los Registros de las Comunidades Autónomas, pero no concreta cuales serán. Aunque el artículo 2. 1., *in fine*, LSLP exige que el Registro del Ministerio de Empleo y Seguridad Social integre en una base de datos común la información que obre en los distintos registros de las Comunidades Autónomas que sea necesaria para el ejercicio de las competencias atribuidas en materia de supervisión y control a las autoridades competentes.

²⁸ Véase el art. 4. 2 del Real Decreto 2114/1998, de 2 de octubre, sobre Registro Administrativo de Sociedades Laborales. («BOE» núm. 246, de 14/10/1998).

²⁹ La redacción de este apartado del artículo 4 no se ha modificado con respecto a la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales. Véase la crítica por Pagador López, J., (2005), pp. 128 a 135, de la falta de notificación de la inscripción, suspensión o denegación de la sociedad ya calificada administrativamente por el Registro Mercantil al Registro de Sociedades Laborales.

³⁰ Véase la SAP de Madrid de 28 noviembre de 2007 (JUR 2007, 163993) que declara improcedente la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada por no la acreditación de que la voluntad de las socias fuera constituir una sociedad anónima laboral.

Finalmente la LSLP, siguiendo los principios establecidos por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (BOE n° 295, de 10 de diciembre de 2013), que pretenden la simplificación de cargas, la agilidad y eficacia en todo el territorio nacional, dispone, en el artículo 2.3, que los trámites necesarios para la calificación e inscripción de una sociedad como sociedad laboral pueden realizarse a través de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos que se habiliten al efecto.

Ahora bien, si la sociedad no obtiene la calificación de laboral y no se inscribe en el Registro mercantil puede devenir irregular en aplicación del artículo 39 de la LSLP. Pero podría solicitarse la inscripción de la sociedad como no laboral, aunque como veremos, debería cambiar su denominación social, pues no podrá aparecer en ella el adjetivo laboral (art. 3. 2 LSLP).

III. CONTENIDO DE LOS ESTATUTOS SOCIALES DE LA SOCIEDAD LABORAL

1. *Contenido mínimo de los estatutos*

En relación con los requisitos que el artículo 23 de la LSC exige que consten en los estatutos sociales hay que destacar, por su especial interés para la sociedad laboral, la denominación social y el capital social.

La denominación de la sociedad laboral tiene que cumplir lo prescrito por el artículo 3 de la LSLP que exige añadir el adjetivo laboral al tipo social elegido (sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada)³¹, tanto si se utilizan las indicaciones completas como las abreviaturas³². Además la denominación «laboral» se hará constar en toda la documentación de la sociedad (correspondencia, notas de pedidos, facturas de la sociedad, ...) (art. 3.3 LSLP)³³. El legislador pretende facilitar a los terceros que se

³¹ Véanse los artículos 6 de la LSC y 403.2 y 3 del RRM.

³² Se ha corregido el defecto de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades laborales que no preveía la utilización de la denominación «sociedad limitada laboral» y la abreviatura «SLL». Puede verse al respecto Boquera Matarredona, J., (2004) «Denominación, domicilio, impugnación de acuerdos y derecho de suscripción preferente en las sociedades laborales», *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativas*, núm. 15, pp. 29 y ss.

³³ El artículo 3.3 de la LSLP es similar al artículo 13.2 de la LSC que impone la publicidad de la situación de sociedad unipersonal.

relacionan con la sociedad el conocimiento instantáneo de su condición de laboral. El carácter laboral debe constar en la escritura de constitución, mediante la voluntad expresa de los otorgantes de fundar una sociedad laboral (art. 2.2, *in fine*, LSLP), y, además, como nota marginal en la hoja abierta a la sociedad en el Registro mercantil (art. 4. 2. *in fine* LSLP)³⁴.

Está prohibida la identidad con otra denominación social preexistente³⁵ y deben respetarse las prohibiciones reglamentarias relativas a la composición de la denominación social (art. 7 LSC).

Hay que entender que la sociedad que no obtiene la calificación de sociedad laboral o la sociedad que pierde la condición de sociedad laboral, no puede utilizar este calificativo. No es necesario que el apartado 2 del artículo 3 de la LSLP nos recuerde que el adjetivo «laboral» no podrá ser incluido en la denominación de sociedades que no tengan la calificación de «Sociedad Laboral» (véase el artículo 406 del RRM sobre prohibición de denominaciones que induzcan a error)^{36 37}.

Respecto a la indicación del capital social debe cumplirse lo establecido por el artículo 5 de la LSLP, que difiere de lo establecido por la LSC, puesto que las participaciones sociales y las acciones serán de dos clases, laboral y general (art. 5. 2 LSLP). Además deber ser nominativas, con el mismo valor nominal, no pueden estar privadas del derecho de voto y confieren los mismos derechos a todos los socios (art. 5. 1 y 2 LSLP). Ahora bien, el capital social mínimo, el principio de integra suscripción del capital y los desembolsos en la sociedad laboral se regirán por los dispuesto en la LSC.

Por último, no debemos olvidar que las sociedades laborales constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas disponen aún de unos meses para adaptar a la misma sus estatutos, pues de lo contrario se cerrara

³⁴ Aunque la LSLP no lo menciona, parece que nada impediría que una Sociedad Nueva Empresa (arts. 434 a 454 LSC) obtuviera la consideración de laboral, pues se trata de un subtipo de sociedad de responsabilidad limitada. Pero se perdería parte de la rapidez que se pretende en la constitución de una sociedad de este tipo por la solicitud de calificación de laboral al órgano competente y la posterior calificación por el Registro Mercantil.

³⁵ Véanse los artículos 406 y 407 del RRM sobre prohibición de identidad de denominaciones.

³⁶ Véase Fajardo García, G., ob. cit., p. 150.

³⁷ Véase en Pagador López, J., (2005), pp. 103 a 105, la crítica a la prohibición de la utilización del adjetivo laboral en la denominación por sociedades no laborales cuando no implica una indicación de la forma social.

el Registro Mercantil hasta que se haya inscrito la adaptación de los estatutos sociales (Disposición transitoria segunda. Adaptación de Estatutos). Pero, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 282. 2 de la LSC y 378 del RRM sobre el cierre del Registro Mercantil por incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas, se exceptúan de la prohibición de inscripción el acuerdo de adaptación a la Ley, los títulos relativos al cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores, y la revocación o renuncia de poderes, así como a los acuerdos sobre la transformación de la sociedad o su disolución, nombramiento de liquidadores, liquidación y extinción de la sociedad, y los asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa.

Esta norma es más «generosa» que la de la LSC, pues añade la transformación y extinción de la sociedad laboral.

2. Contenido voluntario de los estatutos previsto por la Ley de sociedades laborales

Los socios por vía estatutaria y atendiendo a sus intereses, pueden reforzar el carácter social de la sociedad laboral o el carácter capitalista. Obviamente sin eliminar o contravenir los elementos configuradores del tipo.

Sin embargo, el legislador consciente de la autonomía de la voluntad que rige en la elaboración de la escritura de constitución y en los estatutos sociales (art. 28 LSC), sugiere varias posibles cláusulas estatutarias que pueden facilitar un mejor funcionamiento de la sociedad laboral y resolver problemas, sobre todo en relación con la adquisición y transmisión de acciones y participaciones.

Así el artículo 6. 1 de la LSLP dispone que las acciones o participaciones podrán transmitirse libremente a los socios trabajadores y trabajadores no socios con contrato por tiempo indefinido, salvo que exista una previsión estatutaria en contra. Pero, en todo caso, la transmisión que no se ajuste a lo establecido en los estatutos no producirá efecto alguno frente a la sociedad (art. 6. 4 LSL).

En segundo lugar, el artículo 7, *in fine*, de la LSLP dispone que «*los socios de la sociedad laboral podrán acordar en los estatutos sociales los criterios y sistemas de determinación previa del valor de las acciones o participaciones para los supuestos de su transmisión o amortización, en cuyo caso prevalecerá este valor. Si se incorpora esta posibilidad una vez constituida la sociedad, no será de aplicación a los socios que no votaron a favor del acuerdo de modificación de los estatutos*». Con ello se

evitarán discusiones sobre la valoración de las acciones y participaciones en momentos donde pueden existir situaciones de conflicto entre los socios.

También evitaría problemas entre la sociedad y los socios trabajadores recurrir a lo previsto por el artículo 9. 2 de la LSLP que permite incluir en los estatutos sociales cláusulas con normas especiales para los casos de jubilación e incapacidad permanente del socio trabajador, los socios trabajadores en excedencia, o para los socios trabajadores que por subrogación legal o convencional dejen de ser trabajadores de la sociedad. Es decir, pueden hacerse previsiones sobre la situación laboral que influirá en la extinción de la relación laboral y consecuentemente en la pérdida o el mantenimiento de la calificación de la sociedad como laboral.

La LSLP también tiene presente que el fallecimiento del socio trabajador puede generar problemas entre los socios y los herederos del fallecido. Por ello permite que los estatutos sociales reconozcan un derecho de adquisición sobre las acciones o participaciones de clase laboral del socio trabajador fallecido (art. 10. 2 LSLP)³⁸.

Ahora bien, no podrá ejercitarse el derecho estatutario de adquisición preferente de acciones o participaciones si el heredero o legatario fuera trabajador de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido (art. 10. 3 LSL). La razón es la transcendencia que tiene la transmisión y amortización de acciones y participaciones en relación con la pérdida del carácter de laboral de la sociedad y sus repercusión para los socios que permanecen en la misma. La LSLP pretende que en este tipo de sociedades el control quede en manos de los socios trabajadores por tiempo indefinido y que los trabajadores por tiempo indefinido no socios puedan alcanzar fácilmente la condición de socio.

Algunas dudas plantea lo dispuesto en el artículo 13. 1 de la LSLP para los supuestos en los que los administradores deleguen la dirección y gestión de la sociedad laboral o confieran apoderamientos con esa finalidad. Este precepto dispone que los administradores deberán «adoptar medidas para delimitar claramente sus competencias y evitar interferencias y dis-

³⁸ Como dispone el artículo 10. 2 de la LSLP la adquisición deberá realizarse por el procedimiento previsto en el artículo 6.2, y se ejercitará por el valor razonable, o, en su caso, el establecido conforme a los criterios de valoración previstos estatutariamente, que las acciones o participaciones tuvieren el día del fallecimiento del socio, y que, salvo previsión estatutaria en contra, se pagarán al contado, habiendo de ejercitarse este derecho de adquisición en el plazo máximo de tres meses, a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria.

funciones» (restricción de orden interno)³⁹. No se declara si dicha delimitación de competencias únicamente debe aparecer en el apoderamiento o en el contrato de dirección, o si también es necesario su inclusión en los estatutos sociales o en el reglamento del órgano de administración, si existiera. Recuérdese que, en todo caso la sociedad no puede limitar el poder de representación de sus administradores con eficacia externa aunque dicha limitación se desprende de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil (art. 234. 2 LSC).

Finalmente el artículo 15. 6 de la LSLP permite que los estatutos sociales puedan establecer como causa de disolución de la sociedad la pérdida de la condición de «Sociedad Laboral» de la sociedad.

3. *Nulidad de cláusulas estatutarias*

Como hemos afirmado, el legislador ha considerado conveniente en algunas materias ofrecer la misma solución jurídica a la sociedad anónima laboral y a la sociedad de responsabilidad limitada laboral. Así sucede en el caso de las cláusulas estatutarias que prohíban la transmisión voluntaria de las acciones o participaciones sociales por actos «inter vivos» (art. 8 LSLP), pues solo serán válidas si los estatutos sociales reconocen al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento. Es decir, se ha optado por extender el régimen establecido para las sociedades de responsabilidad limitada en el artículo 108. 3 y 4 de la LSC a todas las sociedades laborales. Así la redacción del artículo 8. 1 y 2 LSLP coincide con la de los párrafos 3 y 4 del artículo 108 de la LSC, con la salvedad de que el artículo 8 se refiere a acciones o participaciones sociales.

IV. MODIFICACIONES ESTATUTARIAS

El régimen de las modificaciones estatutarias aplicable a las sociedades laborales es el previsto en la LSC, pero dada la posible repercusión de la modificación en el carácter laboral de la sociedad, la identificación de la sociedad como tal o el sometimiento a otro registro, el artículo 4. 4 de la LSC impone una importante obligación al Registro Mercantil respecto

³⁹ Véase el artículo art. 234. 1, *in fine*, de la LSC.

a la inscripción de las modificaciones estatutarias⁴⁰. Así pues el Registro Mercantil no podrá realizar ninguna inscripción de modificación de estatutos de una sociedad laboral que afecte a su denominación, domicilio social, composición del capital social o régimen de transmisión de acciones y participaciones, sin que la sociedad aporte un certificado de la resolución favorable del Registro de Sociedades Laborales que acredite que dicha modificación no afecta a la calificación de la sociedad como laboral⁴¹. En el caso del cambio de domicilio social será necesaria la anotación registral del cambio de domicilio.

Ahora bien, el artículo 5.3 de la LSLP permite a los administradores en el caso de transmisión de acciones o participaciones que supongan un

⁴⁰ Alcanza una especial transcendencia la necesidad de que en la convocatoria de la junta general se indique claramente que con la modificación estatutaria se perderá la condición de sociedad laboral. En este sentido véase la RDGRN de 2 de junio de 2003 (BOE del 8 de julio de 2003). Admite la DGRN que la convocatoria normalmente es válida cuando contenga una referencia precisa a la modificación que se propone, sea a través de la indicación de los artículos estatutarios correspondientes, sea por referencia a la materia concreta sujeta a modificación, sin necesidad de extenderse sobre el concreto alcance de dicha modificación, ya que pueden los accionistas informarse a través de los procedimientos previstos legalmente. Sin embargo, a veces, debe requerirse una mayor precisión en los anuncios de convocatoria en el sentido de determinar el concreto alcance de la modificación estatutaria propuesta, como ocurre en el presente caso de pérdida de la condición de «sociedad laboral» por la sociedad, y ello por los importantes efectos que conlleva dicha pérdida.

⁴¹ La RDGRN de 2 de junio de 2003 (BOE del 8 de julio de 2003) mantiene que aunque se den las causas para perder la condición de laboral, es necesaria una Resolución Administrativa dictada en el procedimiento especial recogido en el artículo 16 de la LSL que, entre otros trámites, prevé un requerimiento a la sociedad para que en el plazo de 6 meses acomode su situación a la ley especial de sociedades laborales. Mientras no se dicte Resolución, la Sociedad conserva su carácter de laboral, que no se pierde en ningún caso «ope legis» o de forma automática por incumplir requisitos de la legislación de sociedades laborales. Hoy el artículo 15. 2 LSLP dispone que «verificada la existencia de causa legal de pérdida de la calificación, cuando no se haya comunicado conforme al apartado 3 del artículo 1, o en el caso de comunicación cuando hayan transcurrido los plazos de adaptación previstos en dicho artículo, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social o el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente, tras la instrucción del oportuno expediente, descalificará a la sociedad como “Sociedad Laboral”, ordenando su baja en el Registro de Sociedades Laborales. Efectuado el correspondiente asiento, se remitirá certificación de la resolución y de la baja al Registro Mercantil para la práctica de nota marginal en la hoja abierta a la sociedad».

cambio de clase por razón de su propietario, proceder, sin necesidad de acuerdo de la Junta General, a formalizar la modificación del artículo o artículos de los estatutos a los que afecte, otorgando la escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil, una vez inscrita en el Registro de Sociedades Laborales.

Finalmente, el artículo 15. 4 de la LSLP permite que la sociedad pueda perder la calificación de laboral por acuerdo de la Junta General y para ello exige que dicho acuerdo sea adoptado con los requisitos y mayorías establecidos para la modificación de los estatutos. Medida lógica dada su transcendencia para la sociedad.

Bibliografía

- ANDREU MARTÍ, M^a. M. (2010). «Luces y sombras de la reforma de la Ley de sociedades laborales», *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, Ciriec, núm. 21, pp. 119 a 144.
- (2013). «Consideraciones sobre la propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Laborales», en AA.VV., *Economía social y Derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas de Economía social* (coords. Gómez Manresa, M. F. y Pardo López, M. M.), Granada, Ed. Comares, pp. 19 a 47.
- BARRERO RODRÍGUEZ, E., (2015). «Consideraciones sobre la reforma del régimen legal de las sociedades laborales», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 45, pp. 249 a 289.
- BOQUERA MATARREDONA, J., (2004). «Denominación, domicilio, impugnación de acuerdos y derecho de suscripción preferente en las sociedades laborales», *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 15, pp. 29 y ss.
- (2016). «Novedades en la regulación del órgano de administración de las sociedades laborales», *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 26, pp. 1 a 19.
- CANO LÓPEZ, L. A., (2008). «Algunas reflexiones tópicas al hilo de una singular y necesaria propuesta de reforma», *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, Ciriec, núm. 19, pp. 159 a 171.
- FAJARDO GARCÍA, G., (2008). «Aspectos societarios de la reforma de la Ley de sociedades laborales», *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, Ciriec, núm. 19, pp. 141 a 158.
- GARCÍA RUIZ, E., (2013). «El régimen legal de las sociedades laborales sometido a revisión», *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 4, pp. 249-280.
- «El régimen societario de las sociedades laborales en la nueva Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas», *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos* <http://dx.doi.org/10.5209/REVE.52991>.
- OLAVARRÍA IGLESIA, J., (2008). «Algunos aspectos societarios de la propuesta de reforma de la Ley de sociedades laborales presentada por CONFESAL», *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, Ciriec, núm. 19, pp. 173 a 177.

- PAGADOR LÓPEZ, J., (2005). *Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca*, Tratado de Derecho Mercantil (coord. Jiménez Sánchez), Madrid, Ed. Marcial Pons, Tomo 12, vol. 2º.
- PANIAGUA ZURERA, M., (2015). «Las sociedades laborales ante el Anteproyecto de Ley del nuevo Código Mercantil» en AA.VV. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Morillas Jarillo, Perales Viscasillas y Porfirio Carpio (dirs.), p. 726 a 744.
- (2015). «La singularidad tipológica de la sociedad laboral y su legislación adecuada. (A propósito de la Proposición de Ley de Sociedades Laborales de Confesal y de la aplicación judicial de la Ley 4/1997, de Sociedades Laborales)», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 44, pp. 171 a 232.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., (2008). «Propuesta de reforma de la Ley de 1997 de sociedades laborales», *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, Ciriec, núm. 19, pp. 179 a 187.
- (2010). «La Ley de sociedades laborales de 1997: ante una reciente propuesta de reforma», en *Estudios de Derecho mercantil: En memoria del profesor Aníbal Sánchez Andrés*, coords. Sáenz García de Albizu, J. C., Oleo Banet, F., y Martínez Flórez, A., Pamplona, Ed. Aranzadi, pp. 1083 a 1096.
- SANTOS MARTÍNEZ, V., (2002). «Sociedades laborales: implantación y renovación de una peculiar figura societaria», en AA.VV., *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, Ed. McGraw-Hill, Vol. IV, pp. 4378 a 4466.

Capital social, acciones y participaciones de la sociedad laboral: clases, representación y valoración

GEMMA FAJARDO GARCÍA¹

Prof. Titular Derecho Mercantil

Investigadora del IUDESCOOP

Universitat de València

fajardo@uv.es

SUMARIO: I. FUNCIÓN QUE CUMPLE EL CAPITAL SOCIAL EN LA SOCIEDAD LABORAL. II. EL CAPITAL SOCIAL EN LA SOCIEDAD LABORAL. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS. III. LAS ACCIONES Y PARTICIPACIONES DE LAS SOCIEDADES LABORALES Y SUS CLASES. 1. Las clases de acciones y participaciones en la sociedad laboral como expresión de la distinta condición de sus titulares. 2. La composición del capital social y su actualización. IV. LA REPRESENTACIÓN DE LAS ACCIONES Y PARTICIPACIONES DE LA SOCIEDAD LABORAL. V. LA VALORACIÓN DE LAS ACCIONES Y PARTICIPACIONES DE LA SOCIEDAD LABORAL. VI. CONCLUSIONES. Bibliografía.

I. FUNCIÓN QUE CUMPLE EL CAPITAL SOCIAL EN LA SOCIEDAD LABORAL

La sociedad laboral se conforma sobre la base de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, esto es, sobre la base de una sociedad de capital y como tal, su capital social está llamado a cumplir varias funciones: empresarial, organizativa y de garantía. Una función empresarial porque constituye el inicial fondo de explotación de la empresa; función organizativa porque la participación en el capital constituye la base para la determinación de los derechos individuales y colectivos de los socios, y una

¹ Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Economía Social, Auto-gestión y Empleo» (DER2016-78732-R) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

función de garantía porque el capital constituye una cifra de retención del patrimonio neto en garantía de los acreedores².

Pero al margen de ello, cabe destacar que incluso cuando la sociedad laboral podía constituirse adoptando cualquier forma jurídica, el capital social ya tenía una función esencial, tanto en la justificación del origen de esta entidad como en los requisitos que debía cumplir para beneficiarse de las ayudas otorgadas por el Fondo Nacional de Protección al Trabajo. En efecto, como vimos al analizar el concepto de sociedad laboral, ésta surge como mecanismo para hacer posible el acceso de los trabajadores a la propiedad de sus empresas, y por ello el Fondo Nacional de Protección al Trabajo, desde 1960 y a través de sucesivas órdenes, convocaba ayudas para financiar precisamente las aportaciones a capital que los trabajadores debían realizar para ser socios. Por otra parte, en cuanto a los requisitos que debía cumplir la entidad asociativa creada para que los trabajadores pudieran beneficiarse de las ayudas, todos ellos venían referenciados al capital y en concreto a su distribución y transmisión. Así se exigía que la mayoría del capital perteneciera a los trabajadores; que ningún socio tuviera más de determinada proporción del capital y finalmente, que los títulos representativos del capital que fueran propiedad de los trabajadores sólo pudieran transmitirse a otros trabajadores.

En definitiva cabe decir que el capital ha sido el instrumento utilizado para hacer posible el acceso de los trabajadores a la propiedad en la sociedad laboral, y para definir las principales características que debe tener esta sociedad. Y ello es así porque el legislador siempre tuvo en mente la constitución de la sociedad laboral sobre la base de una sociedad de capital (anónima y más tarde limitada) como alternativa a la cooperativa.

Las cooperativas y en particular las de trabajo asociado, tienen como principal activo el trabajo de sus miembros y no su capital, aunque la legislación suele exigir que éstas se constituyan con un capital social mínimo, similar al exigido a la sociedad limitada laboral. En la cooperativa, el trabajador accede a la condición de socio porque su solicitud es admitida por el órgano de administración al contar con los requisitos exigidos estatutariamente. Ello no obsta a que sea frecuente que la cooperativa exija a sus miembros, además de prestar su trabajo (principal derecho y obligación en una cooperativa de trabajo asociado), algunas otras aportaciones a capital y a reservas (cuotas de ingreso). La aportación a capital de los cooperati-

² Vicent Chuliá, (2008: 357).

vistas no confiere derechos políticos ni económicos más allá de su posible retribución vía intereses, que serán limitados y estarán condicionados a que los estatutos lo prevean y lo acuerde la asamblea general. Además la transmisión de estas aportaciones, ni son libres, ni confieren por sí mismas la condición de miembro de la cooperativa a su adquirente. En la cooperativa los derechos políticos se ejercen de forma democrática (cada miembro tiene un voto, y todo miembro tiene derecho a elegir y ser elegido para los cargos sociales) y los derechos económicos, se ejercen normalmente en proporción a la participación que cada miembro asume en la actividad cooperativa. Por ello suele decirse que en la cooperativa el capital social tiene una función meramente instrumental y poco relevante. Además, los principales recursos de la cooperativa proceden de la contribución que sus miembros hacen a la actividad cooperativa: bienes, derechos, trabajo y fondos, con los que cada uno contribuye a dicha actividad; y de la reinversión de buena parte de los resultados obtenidos de dicha actividad y de otros beneficios que pueda obtener (actividades ordinarias con no miembros y extraordinarias). En las cooperativas de trabajo asociado la principal aportación que hacen los cooperativistas a la sociedad es su trabajo. El trabajo se aporta a la sociedad y como contraprestación el cooperativista tiene derecho entre otros, al reparto de los resultados obtenidos en la actividad cooperativa (anticipos y retornos). Esta relación se identifica como societaria (art. 80.1 LC), porque todos los derechos y obligaciones que genera vienen determinados por la ley, los estatutos y los acuerdos sociales (arts. 15 y 16 LC); mientras que en una sociedad laboral, el socio trabajador tiene una doble relación con la sociedad, societaria (por su aportación a capital) y laboral (por el contrato de trabajo suscrito).

Continuando con la sociedad laboral y la función que cumple el capital social en la misma, cabe decir que, en la actualidad, el capital social sigue cumpliendo funciones específicas y relevantes en la sociedad laboral:

- En la determinación de los requisitos necesarios para su calificación como laboral, porque se tiene en cuenta la participación de los socios y trabajadores en el capital.
- En la identificación del grupo de control en la sociedad, a través de la identificación de dos clases de acciones o participaciones: clase laboral y clase general.
- En el control de los posibles cambios que puedan afectar al grupo de control: por razón de la transmisión o nueva emisión de acciones o participaciones.

- En la restauración del control de la sociedad, mediante el ofrecimiento por la sociedad de acciones o participaciones propias o la emisión de nuevas acciones o participaciones.
- En la determinación de las condiciones de acceso a la sociedad de nuevos «trabajadores» socios; ya que estos deben adquirir la titularidad de una parte del capital.
- En la conformación del órgano de administración, porque se permite la representación proporcional en atención a la participación en el capital de los dos colectivos de socios, los titulares de acciones y participaciones de la clase laboral y general.

Sin embargo, a pesar de reconocer que el capital cumple en la sociedad laboral importantes funciones tanto para alcanzar y mantener su calificación como para organizar su funcionamiento y como garantía frente a terceros, lo cierto es que, en la sociedad laboral, el capital no deja de ser también un instrumento al servicio del interés principal que es la persona, y en particular el trabajador. La sociedad laboral como la cooperativa de trabajo asociado se constituyen principalmente para garantizar un puesto de trabajo a sus socios, en las mejores condiciones posibles, y no para obtener la máxima rentabilidad por la inversión realizada al capital. Como vimos anteriormente, y reconoce la propia ley de sociedades laborales, éstas son sociedades de capital por la forma pero son empresas de la economía social por sus fines y principios orientadores.

II. EL CAPITAL SOCIAL EN LA SOCIEDAD LABORAL. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

La sociedad laboral se regula, en materia de capital social, por lo previsto en la Ley de Sociedades Laborales (Ley 44/2015 o LSL) y en lo no previsto, por la Ley de Sociedades de Capital (RD Legislativo 1/2010 o LSC), según establece la Disposición final tercera de la LSL³.

Debe tenerse en cuenta que a pesar de que la Ley de sociedades laborales ha tratado de configurar un régimen común para las sociedades laborales con independencia de su base tipológica como SA o SRL, dada su

³ Aunque tal vez sería más correcto afirmar que se rige por lo previsto en la LSC que es la que regula la mayor parte de su régimen, a excepción de lo previsto en la Ley de Sociedades Laborales, que establece meras peculiaridades.

naturaleza personalista⁴, la LSC establece importantes diferencias entre ambas formas jurídicas en esta materia.

Así, el capital social de la sociedad anónima laboral está dividido en acciones (art. 5 LSL), y el de la sociedad laboral de responsabilidad limitada en participaciones sociales. Estas acciones y participaciones se integran por las aportaciones de sus socios (trabajadores o no) quienes no responden personalmente de las deudas sociales (art. 1, 2º y 3º LSC).

El capital mínimo en una sociedad laboral no puede ser inferior a 60.000 euros si se trata de una SAL y 3.000 euros si se trata de una SLL. Este último límite no obstante, admite una excepción en el caso de sociedades constituidas «en régimen de formación sucesiva», porque en este caso pueden constituirse sociedades laborales de responsabilidad limitada con capital inferior y sin necesidad de acreditar las aportaciones dinerarias de los socios al capital (arts. 4 y 4 bis LSC).

Las aportaciones que realicen los socios para constituir el capital social de la sociedad laboral podrán consistir en bienes o derechos patrimonialmente susceptibles de valoración económica, lo que implica entre otras cosas que no podrá ser objeto de aportación el trabajo o los servicios (art. 58. 2 LSC). La sociedad laboral es una sociedad en la que la mayoría de sus socios trabajan en la misma, pero el trabajo prestado no constituye propiamente una aportación social como sí es posible en otras sociedades civiles y mercantiles⁵, e incluso en la cooperativa⁶. La obligación de tra-

⁴ Además, se da la circunstancia de que desde que se hizo posible la constitución de sociedades laborales con forma de sociedad de responsabilidad limitada (Ley 4/1997), la mayoría de las sociedades laborales se constituyen con este estatuto. Según datos ofrecidos por el Registro de Sociedades Laborales del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en 2015 se constituyeron 506 sociedades laborales de responsabilidad limitada y 9 sociedades anónimas laborales, mientras que en 2016 han sido 283 SLL frente a 3 SAL. Información disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/EconomiaSocial/estadisticas/index.htm.

⁵ Tanto el Código civil como el Código de comercio contemplan la aportación de industria (o trabajo) por parte de los socios a la sociedad, incluso de forma exclusiva (socio industrial). Véase arts. 1665 y 1683 CC, o arts. 116 y 138 C. de c.).

⁶ Como dice el art. 80.1 de la Ley de Cooperativas 27/1999 (LC) en relación con las cooperativas de trabajo asociado: «*La relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria*». En este caso los trabajadores son socios porque lo solicitan por escrito y son admitidos por el órgano de administración de la cooperativa (art. 13.1 LC); a partir de ese momento los trabajadores ya socios están obligados a cumplir con las obligaciones económicas que le correspondan (art. 15.2 e) y tie-

bajar que asume el socio de una sociedad laboral no deriva directamente de su condición de socio sino del contrato de trabajo que le vincula con la sociedad; aunque es cierto que existe una estrecha relación entre ser socio y ser trabajador de la sociedad laboral. Como vimos el trabajador fijo de la sociedad laboral tendrá siempre más posibilidades de llegar a ser socio de la misma que terceras personas; y el socio trabajador que deje de ser trabajador de la sociedad tendrá que ofrecer sus acciones o participaciones a otros trabajadores (art. 9 LSL). Por el contrario, el cese como socio de un socio-trabajador (por transmisión de sus acciones o participaciones, por separación o expulsión), no parece afectar a su condición de trabajador que perdurará, salvo que se resuelva la relación laboral por las partes contratantes.

Las aportaciones al capital social estarán sometidas en su regulación a las normas previstas en la LSC (arts. 58 a 89). La única particularidad prevista en la LSL pero que es esencial, tiene que ver con los límites a la titularidad de las acciones y participaciones. Como vimos, para calificar una sociedad como laboral y mantener dicha calificación en el tiempo, se exige que la mayoría del capital de la sociedad sea aportado por trabajadores fijos, y que ningún socio aporte más de la tercera parte del capital, salvo las excepciones previstas en la ley (art. 1.2 LSL). Si estos límites se superan en algún momento, deberá notificarse y restablecerse de nuevo en un plazo no superior a dieciocho meses (art. 1.2 y 1.3 LSL), de lo contrario, la sociedad podrá ser descalificada por esta causa (art. 15.1.1ª LSL).

En consecuencia puede decirse que la regulación del capital social de las sociedades laborales, tiende a ser común para todas ellas (sean de base anónimas o limitadas) y se caracteriza por sus limitaciones (se limita el capital en poder de una sola persona, así como en manos de socios que no sean trabajadores fijos de la sociedad). Por otra parte, el capital social de la sociedad laboral se caracteriza por su vinculación con la condición de trabajador fijo. No es posible constituir una sociedad laboral entre personas que sólo aporten capital social y la mayor parte de éste debe estar en manos de personas que tengan la condición de trabajador fijo de la sociedad.

nen el derecho-deber de trabajar en la cooperativa (arts. 15.2.a, y art. 16. 2 c, LC), y por último, «*La pérdida de la condición de socio trabajador provocará el cese definitivo de la prestación de trabajo en la cooperativa*» (art. 80.3 LC).

III. LAS ACCIONES Y PARTICIPACIONES DE LAS SOCIEDADES LABORALES Y SUS CLASES

Las sociedades anónimas laborales tienen su capital dividido en acciones. Estas acciones deben ser nominativas (art. 5.1 LSL) y estar desembolsadas al menos en una cuarta parte del valor nominal de cada una (art. 79 LSC). La necesidad de conocer la titularidad de las acciones para comprobar si se cumplen los requisitos que justifican la calificación de una sociedad como laboral, explica que las acciones en una sociedad laboral sólo puedan ser nominativas. La sociedad anónima laboral deberá llevar además un libro-registro de sus acciones nominativas en el que se inscribirán los datos relativos a su titular, las sucesivas transmisiones y los derechos reales y gravámenes constituidos sobre las mismas (art. 116 LSC).

Las sociedades laborales de responsabilidad limitada tienen su capital dividido en participaciones sociales que desde su inicio estarán totalmente desembolsadas (art. 78 LSC). La SLL llevará asimismo un libro registro de socios en el que se hará constar la titularidad originaria y las sucesivas transmisiones de las participaciones, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes (art. 104 LSC).

En ambos casos, los datos personales que deben reflejarse en los libros son los relativos a la identidad y domicilio del titular de las acciones o participaciones (arts. 104.3 y 116.1 LSC); no se exige referencia alguna a la condición de trabajador de su titular, ni al tipo de relación contractual, fija o temporal, que tenga con la sociedad, lo que ayudaría sin duda a conocer y comprobar la composición del capital, como ya manifestamos en otro momento⁷.

1. Las clases de acciones y participaciones en la sociedad laboral como expresión de la distinta condición de sus titulares

La sociedad laboral se concibe desde un primer momento como una sociedad integrada principalmente por socios que son a su vez trabajadores fijos de la sociedad; y también se contempla que, de existir socios trabajadores y no trabajadores, sus acciones se identificarán como laborales en el primer caso, y generales en el segundo. Esta distinción entre acciones (y más tarde participaciones) de clase laboral y clase general, que no será necesaria si todos los socios son trabajadores fijos, facilitaba la comprobación

⁷ Fajardo (2014).

de la participación de cada grupo en el capital social, sumando el valor nominal de las acciones y participaciones de cada clase, y facilitaba también la transmisión de las acciones de los trabajadores a otros trabajadores, pues las acciones laborales indicaban expresamente esta condición. La LSAL de 1986 establecía al respecto que «*En el caso de que existan socios no trabajadores habrá dos clases de acciones: las reservadas a los trabajadores, que deberán llevar esta indicación en el título de la acción, y las restantes*» (art. 6.1). Más tarde, la LSL de 1997 mantuvo la distinción entre clase laboral y clase general y la exigencia de que las acciones representadas por medio de títulos indicaran, además de las menciones exigidas con carácter general, la clase a la que pertenecían (art. 6.2 LSL).

La actual Ley 44/2015, para el caso de que existan estas dos clases de socios⁸, contempla que las acciones y participaciones de las sociedades laborales se dividirán en dos clases: las que sean propiedad de los trabajadores cuya relación laboral sea por tiempo indefinido (trabajadores fijos), y las restantes. La primera clase se denominará «clase laboral» y la segunda «clase general» (art. 5.2 LSL).

Como excepción a la norma anterior, se admite a continuación, que la sociedad laboral pueda ser titular de acciones y participaciones de ambas clases, lo que se conoce como auto-cartera. Esta posibilidad estaba expresamente contemplada en la Ley de 1986 aunque limitada a las acciones reservadas a los trabajadores y siempre que su importe global no superara la cuarta parte del capital representado por el total de las acciones (art. 6.3). La Ley de 1997 no hace expresa referencia a la auto-cartera pero sí reconoce un derecho de preferencia en la transmisión de las acciones y participaciones (tanto de la clase laboral como general) en favor de la sociedad, en cuyo caso dice que, se aplicarán los límites y requisitos establecidos en los artículos 75 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas (art. 7.6). En estos casos, no quedaba claro, como apuntamos en su momento⁹, si esas acciones y participaciones conservarían su clase o, puesto que la socie-

⁸ La existencia de las dos clases de socios no es necesaria. Puede darse el caso de que nunca existan socios que no sean trabajadores fijos; que existieran pero con el tiempo sus acciones o participaciones fueran adquiridas por los trabajadores fijos, e incluso, que se hubiera previsto estatutariamente la existencia de una única clase de acciones o participaciones, como algunos autores han reconocido, lo que implicaría que sólo los trabajadores fijos podrían ser socios de la sociedad laboral. Entre otros: Gómez Porrúa (1997:11); Civera (1997:9186; Santos (2006:6) o Barrero (2015:25).

⁹ Fajardo (2008: 151).

dad no reúne las condiciones para ser titular de la clase laboral, deberían convertirse en clase general. La vigente Ley reconoce como vemos, que podrá ser titular de ambas clases, pero lo más relevante es que, con independencia de su calificación, sólo podrán transmitirse a los trabajadores fijos de la sociedad, pasando a incrementar el porcentaje de las acciones o participaciones de la clase laboral (art. 12.2 LSL). La figura de la autocartera en la sociedad laboral facilita que los trabajadores puedan acceder más fácilmente a la condición de socio¹⁰.

Por otra parte, debe destacarse que la identificación de estos dos tipos de acciones y participaciones con la expresión «clases» puede generar asociación con las llamadas «clases de acciones» a que alude el art. 94 de la LSC. Según este artículo las participaciones sociales y las acciones atribuyen a los socios los mismos derechos, pero admite excepciones si se prevén en los estatutos sociales; así reconoce a continuación que las participaciones sociales y las acciones pueden otorgar derechos diferentes y que las acciones que tengan el mismo contenido de derechos constituyen una misma clase. Si se crean participaciones «desiguales» (no se habla de clases de participaciones), deberá indicarse en los estatutos los derechos que cada una atribuye a los socios y la cuantía o extensión de estos derechos (art. 23 d, LSC).

La creación de acciones o participaciones que otorguen derechos diferentes a sus titulares es una situación excepcional puesto que la regla general es que otorguen los mismos derechos (art. 94.1 LSC). Por ello, para que sea posible esa situación excepcional, la ley exige que se cumplan dos condiciones: a) que su creación o modificación sea resultado del acuerdo adoptado por los socios en junta general con las mayorías necesarias para la modificación de estatutos (art. 94.2 LSC); y b) que se de publicidad en los estatutos de la existencia de las distintas clases de acciones y participaciones que confieren diferentes derechos a sus titulares, y se dé cuenta de cuáles son esos derechos diferentes (art. 23 d, LSC). Pero en la sociedad laboral las llamadas clases «laboral» y «general» ni representan categorías de acciones o participaciones sociales que confieran distintos derechos; ni son creadas por voluntad de los socios o accionistas reunidos en junta

¹⁰ La doctrina española ha cuestionado en ocasiones la figura de la autocartera (Vázquez Cueto, 1997:25 ss), pero en el caso de la sociedad laboral está justificada por la finalidad a la que se dirige y las limitaciones a que se somete. Como dice Barrero (2015:10) la ley utiliza estratégicamente «la autocartera para ponerla al servicio de la protección de los trabajadores y fomentar su integración en la empresa».

general; ni tampoco por ello sería preciso su mención en los estatutos para dar a conocer su existencia y los derechos atribuidos a cada clase.

Por el contrario, las «clases» de acciones y participaciones de que hablan las leyes de sociedades laborales se justifican por la distinta condición de su titular¹¹. Son categorías creadas por la propia ley y de aplicación necesaria en el caso de existir socios de diversa condición; es la ley la que crea esas dos categorías y define sus características, y no los socios. Por tanto, esas clases de acciones y participaciones no guardan relación con las «clases» de acciones reguladas en la LSC ni deberían por tanto someterse a su régimen jurídico.

Además, si bien siempre estuvo claro que las acciones y participaciones de la clase laboral eran las pertenecientes a los trabajadores fijos, y las de la clase general las restantes, la regulación prevista en las leyes generaba confusión. Por una parte porque se permitía que un trabajador fijo (socio o no) tuviera acciones o participaciones de la clase general¹²; y por otra, porque se contemplaba que un socio de la clase general podía adquirir y conservar acciones o participaciones de la clase laboral¹³. Esta confusión no contribuía tampoco a determinar si el capital detentado por los trabajadores fijos era mayoritario o no, porque podía no coincidir con el capi-

¹¹ Como ya destacamos en su momento (Fajardo, 2008:152) y en general reconoce la doctrina, entre otros: García Ruiz (2017:79).

¹² El art. 6.3 de la Ley 4/1997 (y antes el art. 6.2 de la Ley 15/1986) preveía que un trabajador con contrato de trabajo fijo pudiera adquirir acciones o participaciones sociales de la clase general, en cuyo caso le reconocía el «derecho a exigir de la sociedad la inclusión de las mismas en la clase laboral». Siendo un derecho, el socio era libre de decidir su cambio, cambio que por otra parte difícilmente le iba a reportar alguna ventaja que le motivara a ello.

¹³ El socio de la clase general podía adquirir por diversas vías acciones o participaciones de la clase laboral, entre otras tenía un derecho de preferente adquisición en caso de transmisión de las mismas (art. 7.4 de la Ley 4/1997) y la ley no contemplaba que tuviera que procederse a cambiar su clase. La doctrina interpretaba esta ausencia en sentido diverso. Para Ruiz Peris (2002: 4377-4378) si el adquirente quisiera inscribirlas en el libro registro, los administradores deberían facilitarlo; mientras que para García Ruiz (2013:259) la conversión no queda a voluntad del adquirente sino que es obligatoria para los administradores. La anterior Ley 15/1986 también contemplaba este derecho preferente de adquisición (art. 8.2 de la Ley 15/1986), pero sí preveía que si el socio de la clase general adquiría, en el ejercicio de este derecho o en momento posterior, las acciones de la clase laboral, «se procedería al cambio de clase de las acciones» (art. 8. 5). La ausencia de una norma similar en la Ley 4/1997 fue consecuencia de un error durante la tramitación parlamentaria de la Ley, como recuerda Paniagua (2015a:20).

tal representado por las acciones o participaciones de la clase laboral¹⁴. Por ello se hacía necesario introducir claridad en este tema, vinculando de forma automática la categoría «general» o «laboral» con la condición de su titular, en todo momento, de forma que, transformada la categoría como consecuencia de la novación de su titular, los administradores sólo tendrían que reflejar ese cambio donde procediera. Así lo defendimos en su momento¹⁵, y se recogió en la propuesta de reforma de la Ley presentada por Confesal (Confederación Española de Sociedades Laborales) en 2008¹⁶, siendo favorablemente acogida por la doctrina¹⁷.

La Ley 44/2015 acoge en este caso la propuesta de Confesal y confirma que la distinción entre clase laboral y clase general se hace depender de la condición de su titular y no de los derechos que otorgue¹⁸, lo que aporta sin duda mayor seguridad jurídica¹⁹. No constituyendo por tanto verdaderas clases ni confiriendo diferentes derechos pensamos que tampoco tendrían por qué identificarse en los estatutos qué acciones o participaciones son de cada clase y qué derechos confiere cada una de las clases. A pesar de ello, la Ley 44/2015 (art. 4.4. y 5.3), como su antecesora la Ley 4/1997 (art. 4.3 y 6.3), aluden a la mención estatutaria relativa a la «composición del capital» de la sociedad laboral, y a su actualización.

¹⁴ Para Cano López (2008: 164) no habría tal confusión porque en el cómputo no se tomarían en cuentas las acciones o participaciones de la clase general en manos de los trabajadores fijos.

¹⁵ Fajardo (2008: 151-152).

¹⁶ Así, el art. 6.1 de la propuesta presentada en 2008 señalaba «*Las acciones o participaciones de las sociedades laborales se dividirán en dos clases: las que sean propiedad de los trabajadores cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido y las restantes. La primera clase se denominará “clase laboral” y la segunda “clase general”. La sociedad laboral podrá ser titular de acciones o participaciones de ambas clases*» y en su párrafo tercero añadía: «*La conversión de acciones y participaciones de clase general en laboral y viceversa, con el fin de adecuarse a lo establecido en el párrafo 1º se realizará por los administradores, sin necesidad de acuerdo a la Junta general. El cambio se realizará por acuerdo del órgano de administración y se inscribirá en el Registro Mercantil mediante certificación de dicho acuerdo*» (RJ/Ciriec 19/2008 p. 129). En cuanto a la justificación de la propuesta véase Fajardo (2008: 151-152).

¹⁷ Cano (2008:166) y Sáenz García de Albizu (2008:183).

¹⁸ Incluso la posibilidad que ofrece de conferir distintos derechos no económicos no se hace depender de la condición laboral o general de la acción o participación social.

¹⁹ García Ruiz (2017:79).

2. La composición del capital social y su actualización

Las leyes de sociedades laborales no han exigido claramente en ningún momento que éstas sociedades deban hacer mención en los estatutos a las acciones o participaciones de cada categoría, sin embargo esta mención estatutaria ha estado presente tanto en las leyes como en la práctica²⁰.

En la legislación se ha hecho y se sigue haciendo referencia a la composición estatutaria del capital en dos momentos al menos:

- a) Al establecer el deber de los administradores de formalizar la modificación de los estatutos cuando como consecuencia de la transmisión de acciones y participaciones se produce un cambio de clase²¹.
- b) Al prohibir al Registro Mercantil practicar ninguna inscripción de modificación de estatutos de una sociedad laboral que afecte a su «composición del capital social», sin asegurarse de que dicha modificación no afecta a la calificación de la sociedad como laboral²².

²⁰ Sirva como ejemplo los Estatutos que facilita Confesal en su página web (<https://www.confesal.org/WEB/index.php/k2-demo-1/item/310-modelo-de-estatutos-adaptados-a-la-nueva-ley>), y que en relación al capital establecen: «*El Capital Social se cifra en..... EUROS (.....Euros), representado por... PARTICIPACIONES SOCIALES, acumulables e indivisibles, de... de valor nominal cada una, numeradas correlativamente del UNO al....., ambos inclusive, que confieren a sus titulares los mismos derechos económicos.*

Las participaciones sociales podrán ser de dos clases: LABORAL Y GENERAL.

Las participaciones sociales de la CLASE LABORAL, numeradas actualmente del uno a, inclusive, deberán, en todo caso, representar al menos la mayoría del capital social y pertenecer necesariamente a personas que reúnan las condiciones legales para ser consideradas trabajadores de la sociedad con relación laboral por tiempo indefinido.

Las restantes participaciones sociales serán de la CLASE GENERAL, numeradas actualmente de la número... al, inclusive, y estarán reservadas, en principio, a quienes no reúnan las condiciones personales anteriormente indicadas.

La transmisión de participaciones sociales que implique un cambio de CLASE por razón de su propietario, facultará al Órgano de Administración, con independencia de que la Junta General haya o no tomado el correspondiente acuerdo, para formalizar dicho cambio, pudiendo, al efecto, otorgar la documentación pertinente».

²¹ Así, el art. 5.3 LSL establece que, en los supuestos de transmisión de acciones o participaciones que supongan un cambio de clase por razón de su propietario, los administradores procederán a formalizar la modificación del artículo o artículos de los estatutos a los que ello afecte.

²² El art. 4.4 LSL por su parte, establece que el Registro Mercantil no practicará ninguna inscripción de modificación de estatutos de una sociedad laboral que afecte a su «composición del capital social» sin que se aporte por la misma certificación

Esta mención estatutaria, que puede tener su origen en la aplicación a las sociedades laborales de las normas sobre sociedades de capital para el caso de que existan distintas clases de acciones o participaciones sociales que confieran distintos derechos²³, es hoy en día innecesaria y perjudicial para las sociedades laborales.

Como hemos visto, las categorías laboral y general de las acciones y participaciones de la sociedad laboral no responden a verdaderas clases de acciones ni son participaciones sociales que confieran distintos derechos²⁴. No puede decirse que una acción o participación sea por sí misma laboral

del Registro de Sociedades Laborales del que resulte resolución favorable de que dicha modificación no afecta a la calificación de la sociedad como laboral. Este precepto se complementa con lo previsto en el art. 5 del Reglamento del Registro Administrativo de Sociedades Laborales, aprobado por Real Decreto 2114/1998, según el cual, la sociedad que haya acordado una modificación de estatutos que afecte a la composición del capital social, deberá solicitar del mismo organismo que sea competente para otorgarle aquella calificación, que dicte resolución por la que se declare que tal modificación no afecta al mantenimiento de su condición de sociedad laboral, acompañando a la solicitud copia autorizada y una copia simple de la escritura por la que se haya elevado a público el acuerdo correspondiente y un certificado acreditativo de la modificación en la titularidad de las acciones o participaciones sociales que se hayan producido como consecuencia de ello.

²³ Según el art. 23 LSC y art. 122 del RRM, los estatutos de las sociedades de capital mencionarán la cifra de capital social, el número de las participaciones o acciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa. Si hubieran participaciones que confieran distintos derechos se indicará los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía y extensión de estos derechos; así mismo si hubieran distintas clases de acciones se expresará en los estatutos las clases que existan y el «*contenido de derechos de cada una de las clases*».

²⁴ Por ello la doctrina se ha cuestionado si debe mantenerse la distinción entre clase laboral y clase general, o no. La opinión no es unánime, autores como Selva Sánchez (1996:1334) o Neila (1998:146 y ss.) defienden la distinción de clases porque su régimen de transmisión es diferente, o al menos, cabe decir que debería ser diferente. Otros como Sáenz García de Albizu et alii (2000:1087) o Escuín (2017:92) no ven justificación alguna para seguir manteniendo esa distinción. En nuestra opinión, mantener la expresión clase laboral y clase general, tal y como se definen actualmente en la ley, puede resultar más clarificador que hablar de acciones o participaciones de socios trabajadores y socios capitalistas, como se ha propuesto. Lo importante, más que la denominación que podría mantenerse por tradición la existente, es entender que no le es de aplicación las normas que regulan las clases de acciones. Realmente, identificada la clase laboral con la perteneciente a los trabajadores fijos de la sociedad, todo el régimen especial que establece la Ley de sociedades laborales en materia de acciones y participaciones

o general, puesto que lo importante es la condición de su titular. Si su titular es un trabajador fijo de la sociedad todas sus acciones o participaciones serán laborales, y si no, serán generales. Si las clases laboral y general de que habla la ley no son propiamente «clases» tampoco debería serle de aplicación las normas que regulan su publicidad.

Además de tener una insuficiente fundamentación jurídica, reflejar en los estatutos la composición del capital de la sociedad laboral tiene un coste inadmisiblemente incompatible con los principios de necesidad, proporcionalidad y simplificación de cargas que debe orientar la intervención de la administración pública²⁵. Actualmente, la alteración de la «clase» de una acción o participación genera numerosos costes aun no estando en peligro la calificación laboral de la sociedad: elevación a escritura pública del acuerdo del órgano de administración de modificar la composición del capital; comunicación al Registro de Sociedades Laborales, acompañando copia autorizada y copia simple de la escritura y certificado acreditativo de la modificación de la titularidad de las acciones o participaciones sociales (que podría ser el certificado de la anotación en el libro registro de socios o de acciones nominativas), y solicitud de certificación de resolución favorable por no afectar la modificación a la calificación laboral de la sociedad; solicitud de inscripción de la modificación de estatutos en el Registro de Sociedades Laborales y posteriormente solicitud de inscripción de la escritura de modificación de estatutos en el Registro Mercantil, acompañada de la Certificación expedida por el Registro de Sociedades Laborales.

Por ello la propuesta de ley de sociedades laborales dada a conocer por Confesal el 19 de febrero de 2013 eliminaba esta mención estatutaria, de forma que, la información sobre la composición del capital y su actualización se reflejaría en los respectivos libros registro de socios o de acciones nominativas, y en el Informe de gestión o Memoria del ejercicio económico²⁶. Ambos documentos tienen valor jurídico; pueden ser auditados; están sometidos a información y aprobación de los socios reunidos en jun-

debería limitarse a las de esta clase (transmisión, asunción y suscripción, valoración, asistencia financiera, etc.).

²⁵ Conforme exigen los artículos 5 y 6 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (BOE 295 de 10.12.13).

²⁶ El art. 5 de la propuesta presentada por Confesal en 2013 establecía en sus apartados 5 «*Los administradores de la sociedad, al inscribir en el libro registro de socios o de acciones nominativas la transmisión de acciones y participaciones deberán adecuar su calificación a lo previsto en el apartado segundo*», y 6 «*El órgano de administración dará cuenta a la junta general en el informe de gestión, y en su defecto en la memoria, del porcentaje de*

ta general, y finalmente, son depositados en el Registro Mercantil, desde donde cualquier persona puede obtener información sobre su contenido (art. 281 LSC).

Téngase en cuenta además, que si en algún momento se superan los límites máximos previstos en la ley en materia de tenencia de acciones o participaciones, la sociedad laboral está obligada a comunicar esta circunstancia al Registro de Sociedades Laborales en el plazo máximo de un mes desde que se produzca y a recomponer la situación en el plazo de doce meses, conforme establece el art. 1.2 de la Ley.

Pero la Ley 44/2015 no recogió la propuesta de Confesal, salvo en la exigencia de que la memoria anual recogiera las «variaciones de capital social» (o mejor, de la composición del capital), y mantuvo la mención estatutaria a la composición del capital. A pesar de ello puede observarse cómo algunos modelos de estatutos de sociedades laborales²⁷, ya no describen que acciones o participaciones son de cada clase, sino que se limitan a señalar que las acciones o participaciones de la sociedad podrán ser dos clases (si es el caso), las denominadas «clase laboral» por ser propiedad de los trabajadores en relación laboral por tiempo indefinido, que habrán de superar el 50% del capital social, y las denominadas «clase general» que serán las restantes.

Si lo que interesa es conocer la composición del capital, sería suficiente con conocer cuantas acciones o participaciones tiene cada socio y si éste tiene la condición de trabajador fijo de la sociedad. Pero la legislación no ha exigido en ningún momento que deba darse cuenta de esta última información²⁸.

Como hemos apuntado en otras ocasiones²⁹, esta información podría recogerse en el libro registro de socios y en el de acciones nominativas. Actualmente estos libros-registro dan información sobre la identidad, domicilio y nacionalidad de los titulares de las acciones y participaciones, así como de sus transmisiones y derechos reales y otros gravámenes constituidos sobre las mismas, según indica la Ley sobre Sociedades de Capital (arts. 104 y 116 LSC). La legislación sobre sociedades laborales ha hecho pun-

capital que representan las acciones o participaciones de la clase laboral y de la clase general, y de las modificaciones que hayan tenido lugar durante el ejercicio económico».

²⁷ <https://contratos.vlex.es/vid/limitada-diversas-opciones-administracion-281631>.

²⁸ Ni en la escritura de constitución, ni en los estatutos, ni en el título de la acción, el libro registro de socios o el libro registro de acciones nominativas.

²⁹ Fajardo (2014).

tuales referencias a estos libros como fuente de información a remitir a la Administración competente en la materia (art. 4.5 LSL 4/1997, o art. 2.2. LSL 44/2015), pero no ha exigido en ningún momento complementar esa información básica con datos relativos a la condición laboral del socio, lo que resulta necesario para conocer la calificación general o laboral de esas acciones y participaciones. Creemos por ello que si la ley de sociedades laborales o las normas que la desarrollan no exigen esta información complementaria, debería preverse estatutariamente.

Si los libros registro de socios y de acciones nominativas hicieran mención a la condición de trabajador fijo de la sociedad, del titular de dichas acciones y participaciones, ello facilitaría la información sobre la composición del capital de la sociedad laboral en cuestión, y permitiría que dicha información fuera conocida por los socios y accionistas (arts. 105.1 y 116.3 LSC), y por terceros, mediante las certificaciones que aquellos pueden requerir y obtener de los administradores de la sociedad (art. 105.2 y 116.5 LSC).

Los libros registro de socios y acciones nominativas, además de cumplir una función legitimadora³⁰, son en la práctica la principal fuente de información sobre los socios y accionistas de las sociedades laborales, y por ello deberían recoger la información necesaria para conocer qué acciones y participaciones son de la clase general y cuáles son de la clase laboral³¹.

³⁰ Según la legislación aplicable, tanto la sociedad limitada laboral como la sociedad anónima laboral, sólo reputarán socio o accionista a quien se halle inscrito respectivamente en el libro registro de socios (art. 104.2 LSC) o en el libro registro de acciones nominativas (art. 116.2 LSC). Sobre el libro registro como título de legitimación tanto en favor del socio como de la sociedad, véase Perdices Huetos (2000: 93 ss).

³¹ Tanto Sáenz García de Albizu et alii (2000:103) como Santos (2006:22) destacan la importancia en la sociedad laboral del libro registro de socios y acciones nominativas, para controlar el mantenimiento del carácter laboral de la sociedad, y a la vista del peso que tienen las condiciones personales de los consocios, respectivamente. Pero no se plantean si la información que conforme a la ley debe recogerse en esos libros es suficiente o debería completarse (por ejemplo, haciendo mención a la condición del socio como trabajador fijo o no). A estos efectos, perdices (2000:201 ss) señalaba, en relación con el libro registro de acciones nominativas, que debería contener la información que fuera relevante a efectos de legitimación. Sin duda en la sociedad laboral la condición de trabajador fijo del socio es fundamental para el ejercicio de determinados derechos y el cumplimiento de ciertos deberes, por lo que, es una información relevante que debería incluirse en el libro registro de acciones nominativas y de socios.

IV. LA REPRESENTACIÓN DE LAS ACCIONES Y PARTICIPACIONES DE LA SOCIEDAD LABORAL

La representación de las partes en que se divide el capital de la sociedad laboral tuvo gran importancia en los orígenes de esta sociedad. Como vimos al analizar el concepto de sociedad laboral, las condiciones que inicialmente se exigían para ser sociedad laboral tenían relación con la distribución del capital social y con la restricción de la transmisión de las partes reservadas a los trabajadores. Estas restricciones a su transmisibilidad, además de reflejarse en los estatutos debía indicarse en el propio título de la acción³². No sorprende por tanto que la Ley 15/1986 de sociedades anónimas laborales estableciera que las acciones serían siempre nominativas, lo que permitía en todo momento conocer su titular, y que si existían socios no trabajadores, las acciones reservadas a los trabajadores debían llevar esta indicación en el título de la acción (art. 6.1 LSAL). Todas las acciones de la sociedad laboral, conforme a la normativa de la época (Ley 17 de julio de 1951 de régimen jurídico de las sociedades anónimas) estaban representadas por títulos numerados correlativamente y extendidos en libros talonarios, sin perjuicio de la validez otorgada a los resguardos provisionales emitidos (art. 34 y 35). En todo caso, en los títulos y resguardos (que debían ser nominativos) debía hacerse mención, de existir dos clases, cuales estaban reservadas a los trabajadores.

La Ley 4/1997 al incorporar la posibilidad de constituir la sociedad laboral bajo la forma de sociedad de responsabilidad limitada, contempla la existencia tanto de acciones como de participaciones sociales. En estos momentos, las acciones de la sociedad anónima podían representarse por medio de títulos (nominativos o al portador) y también por medio de anotaciones en cuenta, teniendo en ambos casos la consideración de valores mobiliarios³³. Las acciones de una sociedad laboral, al conllevar restricciones en su transmisión (y en este momento no sólo las pertenecientes a los trabajadores), debían ser nominativas. Ello no exigía que fueran representadas necesariamente por títulos, porque la ley permitía la representación mediante anotaciones en cuenta de las acciones de nominatividad

³² Orden de 18 de septiembre de 1979 por la que se dispone la publicación de las Normas Generales para la aplicación del XVIII Plan de Inversiones del Fondo Nacional de Protección al Trabajo (arts. 9.5 y 10.3).

³³ Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, art. 51).

obligatoria³⁴, pero la ley de sociedades laborales optó por exigir que las acciones estuvieran representadas necesariamente por medio de títulos³⁵, individuales o múltiples, numerados correlativamente, en los que, además de las menciones exigidas con carácter general, se indicaría la clase a la que pertenecieran (art. 6.2). En cuanto a las participaciones sociales, aplicando el régimen previsto para las sociedades de responsabilidad limitada, ni tienen la condición de valores ni pueden estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta (art. 5.2 LSRL).

Con la Ley 44/2015 de sociedades laborales se mantiene la exigencia de que todas las acciones sean nominativas (art. 5.1), lo que se justifica, como vimos, por las limitaciones existentes a su transmisibilidad. Además se da la circunstancia de que esta ley, como su predecesora, someten a todas las acciones (así como a las participaciones sociales) a restricciones en su transmisión³⁶. La vigente Ley también mantiene la distinción, entre clase laboral y clase general (art. 5.2), en el caso de contar con socios no trabajadores; y prevé, como vimos anteriormente, que en los estatutos se refleje la composición del capital (art. 5.3).

Por el contrario, esta Ley no establece particularidad alguna sobre cómo deben representarse las acciones de la sociedad anónima laboral, ni exige

³⁴ Art. 60 del RD Legislativo 1564/1989.

³⁵ Esta opción fue criticada por algunos autores que veían conveniente mantener la representación de las acciones por anotaciones en cuenta para las sociedades laborales de mayores dimensiones: Alonso Espinosa (1997:78-79) o Valpuesta y Barberena (1998:84).

³⁶ No es este el momento de hablar de las restricciones a la transmisibilidad de las acciones y participaciones, tema que se tratará a continuación, pero si conviene recordar que en el origen de la sociedad laboral sólo se restringía la transmisión de las acciones de los trabajadores para favorecer a otros trabajadores. La ley de 1986 también limitó las restricciones a las acciones reservadas a los trabajadores (art. 7.1), pero no sólo para beneficio de otros trabajadores sino también para favorecer a los socios no trabajadores de la sociedad (art. 8.2). Con la Ley de 1997 las restricciones a la transmisibilidad se extienden de forma general a todas las acciones y participaciones sean de la clase general o de la clase laboral y en beneficio, aunque en diverso orden, de todos los socios y todos los trabajadores, además de la sociedad. Y esta tendencia es la que ha reproducido la Ley en 2015 a pesar de la propuesta de Confesal que reclamaba restringir la transmisión a los supuestos estrictamente necesarios, esto es, a las acciones y participaciones de la clase laboral y para favorecer a aquellos que pueden contribuir a su mantenimiento e incremento, esto es, en beneficio de los trabajadores fijos (o de la sociedad para su transmisión a estos en otro momento).

que se indique en la misma, la clase a la que pertenece, a diferencia del art. 6.3 de la anterior Ley de 1997.

En definitiva, las acciones de la sociedad laboral podrán representarse de la misma forma que las acciones de otras sociedades anónimas, mediante títulos o anotaciones en cuenta (art. 92.1 LSC), aunque parece poco probable que la sociedad laboral tenga interés en representar sus acciones en anotaciones en cuenta³⁷. Y si se representan en títulos, no será necesario indicar su clase, esta va a depender, como hemos visto, de la condición de su titular, según sea trabajador fijo de la sociedad, o no.

Las participaciones sociales de las sociedades laborales en cambio, por aplicación de la Ley de Sociedades de Capital no podrán representarse ni por títulos ni por anotaciones en cuenta (art. 92.2 LSC). Suele afirmarse que la representación de las acciones mediante títulos y anotaciones en cuenta se justifica porque favorecen la transmisibilidad del valor que representan y que dado el carácter cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada, las participaciones sociales no están llamadas, como las acciones, a ser fácilmente transmisibles. De hecho su transmisión se rige por las normas de la cesión de créditos y no por las de los títulos valores.

Sin embargo, si tenemos en cuenta la sociedad laboral, las probabilidades de transmisión de las acciones de las sociedades anónimas laborales y de las participaciones de las sociedades laborales de responsabilidad limitada, no son tan diferentes, en ambos casos su transmisión está igualmente condicionada y las probabilidades de transmisión responden a las mismas causas. Las sociedades laborales, sean de base anónimas o de responsabilidad limitada, son básicamente cerradas, porque sus títulos no son libremente transmisibles³⁸.

³⁷ Las anotaciones en cuenta como forma de representar las acciones son especialmente aptas para las sociedades anónimas cuyas acciones cotizan en mercados secundarios oficiales como la Bolsa, dadas las ventajas que ofrece para su transmisión, compensación y liquidación. De hecho esta forma de representación se regula en el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (RD. Leg. 4/2015, de 23 de octubre) y se establece como obligatoria para las acciones que cotizan en estos mercados. Según el art. 6.2 del TRLMV: «*Los valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales o en sistemas multilaterales de negociación estarán necesariamente representados mediante anotaciones en cuenta*».

³⁸ Sobre la naturaleza esencialmente cerrada de las sociedades laborales más ampliamente en: Portellano y Mercader (1997:71); Valpuesta y Barberena (1998:261-262); Cano (2002a:284-286) o Santos (2006:4).

V. LA VALORACIÓN DE LAS ACCIONES Y PARTICIPACIONES DE LA SOCIEDAD LABORAL

La valoración de las acciones y participaciones de la sociedad laboral y en particular de las que deben ofrecerse por ley para su adquisición por los trabajadores es de especial interés, porque la misma puede condicionar el ejercicio del derecho de adquisición reconocido al trabajador. De poco sirve reconocer al trabajador un derecho preferente a la adquisición de acciones o participaciones sociales si no va a poder hacer frente al ejercicio de ese derecho debido a su coste. Muy distinta es la situación en una cooperativa de trabajo asociado, donde gracias a su capital variable, la adquisición de la condición de socio se hace depender de su solitud y admisión (art. 50 a, Ley Cooperativas 27/1999), y la aportación a capital social que se le puede exigir no debe exceder del valor nominal actualizado (conforme al índice general de precios al consumo) de las aportaciones realizadas por los anteriores cooperativistas (art. 46.7 Ley Cooperativas 27/1999).

En las sociedades de capital, el precio a pagar por las acciones y participaciones puede depender según se trate de un supuesto de transmisión de las mismas o de separación o exclusión del socio, y en el primer caso, además puede diferenciarse según el tipo de transmisión.

- a) La transmisión voluntaria de las participaciones se rige en primer lugar por las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos, y en su defecto, por las normas que establece la Ley (art. 107.1 LSC). En el caso de las acciones, se proclama la libre transmisibilidad pero se permite que se restrinja y condicione su transmisión siempre que así se prevea en los estatutos y se trate de acciones nominativas (art. 123 LSC). Por tanto, en principio y conforme a la Ley, podría condicionarse estatutariamente el valor de transmisión de las participaciones sociales y de las acciones nominativas. Sin embargo esta facultad se ha limitado tradicionalmente, en relación con las acciones por aplicación del art. 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil, y en relación con las participaciones por extensión de la interpretación de esta norma. El art. 123.6 RRM establece que «*No podrá inscribirse en el Registro Mercantil las restricciones estatutarias que impidan al accionista obtener el valor real de las acciones. Queda a salvo lo dispuesto en la legislación especial*». No existe una norma similar que limite la libertad de pacto de los socios sobre el valor de las participaciones en caso de transmisión, sin embargo la DGRN ha extendido la aplicación de esta norma reglamentaria también en

relación con las participaciones³⁹, y se apela a principios como el derecho del socio a obtener el valor real o razonable por sus participaciones sociales, o a la prohibición de enriquecimiento injusto o sin causa, para limitar la libertad de pactos de los socios en la materia. No obstante, esta tendencia se ha suavizado en los últimos años y la DGRN está admitiendo cláusulas estatutarias de valoración de participaciones sociales no coincidentes con su valor razonable⁴⁰. Según la doctrina de la DGRN los requisitos para la validez de las cláusulas estatutarias de fijación de precio son, por una parte el consentimiento del socio afectado y por otra, que el precio pactado no suponga en la práctica un impedimento insuperable para que el socio adopte la decisión de transmitir⁴¹.

- b) En caso de fallecimiento del socio de una SA o SRL sus acciones y participaciones se transfieren a sus herederos o legatarios, salvo que los estatutos hayan establecido alguna restricción a dicha transmisibilidad. Si se trata de una SA, para poder rechazar la inscripción de

³⁹ Según las Resoluciones de 7 de junio de 1994 y 30 de marzo de 1999 de la DGRN aunque el art. 188 RRM no recoja una prohibición como la del art. 123.6 para las acciones *«debe respetarse el principio de responder o buscar el valor real o el valor razonable»*. Por otra parte, la Resolución de 4 de mayo de 2005 añade que *«otra solución implicaría para el socio... la atribución a los demás de la facultad de obtener un enriquecimiento injusto o sin causa, contrario a uno de los principios generales que informan nuestro ordenamiento jurídico»*.

⁴⁰ Véase entre otras, las Resoluciones de 2 de noviembre de 2010 y 15 de noviembre de 2016. En esta última se considera inscribible una cláusula estatutaria que dice: *«El derecho de adquisición preferente se ejercitará por el valor razonable de las participaciones de cuya transmisión se trate, que será el menor de los dos siguientes: el precio comunicado a la sociedad por el socio transmitente, o el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta. En los casos en que la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el valor razonable coincidirá con el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta»*. Según la DGRN esta cláusula debe admitirse porque no hace más que delimitar el contenido económico del derecho del socio a percibir el valor de sus participaciones sociales en caso de transmisión voluntaria. No supone una prohibición indirecta de disponer, pues no impide *«ex ante»* y objetivamente obtener el valor razonable, o un valor que será más o menos próximo. Y tampoco puede afirmarse que tenga objetivamente carácter expropiatorio o sea leonina para el socio transmitente; incluso, aun cuando en el momento de realizar la transmisión el valor contable fuera inferior al valor razonable, tampoco puede afirmarse que comporte enriquecimiento injusto o sin causa en favor de los restantes socios o de la sociedad, en tanto que responde a lo pactado y aceptado previamente por todos los socios.

⁴¹ Perdices (2017:8).

la transmisión en el libro registro de acciones nominativas, deberá presentar al heredero un adquirente de las acciones que esté dispuesto a adquirirlas «por su valor razonable» en el momento en que se solicitó la inscripción, entendiéndose por valor razonable el que determine un experto independiente distinto al auditor de la sociedad, y nombrado por sus administradores (art. 124.2 LSC). Este mismo régimen será de aplicación cuando la adquisición de las acciones se haya producido como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución (art. 125 LSC). Si se trata de una SRL, el derecho de adquisición preferente sólo corresponde a los demás socios y en su defecto, a la sociedad, y deberá ejercitarse por el «valor razonable» que tuvieran el día del fallecimiento. La valoración en este caso se regirá por lo dispuesto en la ley para el caso de separación de socios (art. 110 LSC) y que veremos a continuación.

- c) En caso de separación y exclusión de socios de la SA y SRL la ley contempla dos posibilidades: 1º que la sociedad y el socio se pongan de acuerdo sobre el valor razonable de sus acciones o participaciones; o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración; y en su defecto, 2º que sean valoradas por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio social (art. 353 LSC).

La regulación de este tema en las sociedades de capital es bastante heterogénea, unas veces se hace prevalecer la voluntad de las partes y otras, valores determinados objetivamente por expertos, en ocasiones nombrados por los administradores y en otros por el registrador mercantil del domicilio social.

Cabe preguntarse si sería posible prever estatutariamente cómo determinar el valor que deberá asignarse a las acciones o participaciones con ocasión de su transmisión o amortización, teniendo en cuenta que los estatutos pueden incluir todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido (art. 28 LSC). En las sociedades cerradas es frecuente la existencia de pactos para-sociales o reservados (art. 20 LSC) relativos al cálculo del valor de la participación de sus socios, para el caso de su transmisión o separación del socio, y a la forma y plazo de su reembolso; pactos que no tienen acceso al Registro Mercantil.

Con la aprobación del Real Decreto 171/2007 que regula la publicidad de los protocolos familiares, se modificó el Reglamento del Registro

Mercantil (RD. 1784/1996) para permitir la inscripción en el mismo de determinados pactos y condiciones siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social, y entre ellos, los relativos a criterios y sistemas para la determinación previa del valor de las acciones y participaciones de la sociedad.

En relación con las sociedades anónimas, el art. 114.2 b, del RRM contempla la inscripción del *«establecimiento por pacto unánime entre los socios de los criterios y sistemas para la determinación previa del valor razonable de las acciones previstos para el caso de transmisiones inter vivos o mortis causa»*. Por lo que hace a la sociedad de responsabilidad limitada, el art. 175.2 RRM permite que se haga constar también en la primera inscripción de la sociedad *«El establecimiento por pacto unánime de los socios de los criterios y sistemas para la determinación del valor razonable de las participaciones sociales previstas para el caso de transmisiones inter vivos o mortis causa o bien para la concurrencia de obligación de transmitir...»*.

La existencia de este tipo de cláusulas y su publicidad se justificaba en la exposición de motivos del RD 171/2007 en la medida que favorecen la sucesión de la empresa familiar, pero también se consideraba que eran herramientas útiles en general para las sociedades cerradas. Son muchas las similitudes que podemos encontrar entre las sociedades familiares y las sociedades laborales, su carácter cerrado, la importancia de las personas más que el capital que detentan, o la necesidad de favorecer la sucesión de empresa tras el fallecimiento o jubilación de sus socios.

Pero en la sociedad laboral, además de todo ello debe tenerse en cuenta el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos para que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (art. 129.2 CE) y el hecho de que la sociedad laboral surge para favorecer precisamente el acceso de los trabajadores a la propiedad de su empresa. Como vimos anteriormente, la sociedad laboral fue resultado de las políticas que promovían el acceso de los trabajadores a la propiedad de su empresa, y para ello se financiaba su aportación a capital, tanto si esta se hacía en el momento constitutivo de la sociedad, como más tarde al acceder el socio a la sociedad ya constituida⁴². Esta finalidad quedó relegada más tarde en favor de la creación de empleo estable, como vimos, pero todavía hoy se sigue subvencionando la incorporación de determinados trabajadores a la condición de socio de las sociedades laborales.

⁴² Ley 45/1960, de 21 de julio por la que se crean determinados Fondos Nacionales para la aplicación social del Impuesto y del Ahorro.

Esta aportación de fondos públicos que nutren el capital de las sociedades laborales, así como otras ayudas que reciben estas sociedades, justifica que se quiera condicionar el valor de transmisión de las acciones y participaciones sociales en la sociedad laboral, sobre todo, si la transmisión va a hacerse a un trabajador para que adquiera la condición de socio. Recuérdese también que sólo se subvenciona la incorporación como socio de los desempleados y trabajadores con contrato de trabajo temporal⁴³. Limitar el valor que se puede pedir a un trabajador por las acciones o participaciones que le van a permitir ser socio de una sociedad laboral, es una medida que contribuye a favorecer el acceso de los trabajadores a la titularidad de su empresa⁴⁴, y la baja de los socios una vez concluye su prestación laboral. Por otra parte, podría cuestionarse que un trabajador que ha disfrutado de ayudas que le han permitido acceder a la condición de socio y se ha beneficiado de otras que han contribuido a incrementar del valor del patrimonio social, pretenda obtener el máximo valor por su acción o participación al transmitir las a otros trabajadores⁴⁵.

El legislador en la Ley 15/1986 de sociedades anónimas laborales, consciente de esta realidad, buscó compensar ese posible agravio entre socios trabajadores estableciendo que: «*El precio de adquisición, en caso de discrepancia, será el 75 por 100 del valor real, según la apreciación de un perito nombrado de común acuerdo por las partes o, en defecto del mismo, por el Juez*» (art. 9). Sin embargo, esta norma, que podría considerarse conforme con el mandato constitucional de promover el acceso de los trabajadores a la propiedad de su empresa, no fue recogida por el legislador al aprobar la Ley de sociedades laborales en 1997⁴⁶.

La Ley 4/1997 en su art. 8 condicionaba el valor de las acciones o participaciones que se transmitieran, al precio convenido y comunicado por

⁴³ Orden TAS/3501/2005 de 7 de noviembre, de fomento del empleo y mejora de la competitividad de las sociedades laborales.

⁴⁴ Véase entre otros Plaza Angulo (2011:49 ss) al analizar las dificultades de los trabajadores por cuenta ajena para convertirse en socios de la empresa en la que prestan sus servicios.

⁴⁵ Y es cuestionable sobre todo cuando se compara con la situación de los socios trabajadores de las cooperativas, que son beneficiarios del mismo tipo de ayudas, pero que al cesar en la cooperativa sólo tienen derecho a recuperar el valor nominal de su aportación a capital, y en su caso, la parte que le corresponda de alguna reserva voluntaria que con carácter repartible se hubiera constituido.

⁴⁶ La norma también había sido criticada por algún autor como poco justificada (Lanzas, 1987: 685 y 686).

el socio transmitente a la sociedad, y si la transmisión era a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de adquisición sería el fijado de común acuerdo por las partes o, en su defecto, el valor real de las mismas el día en que se comunicó a los administradores la voluntad de transmitir. Por valor real se entenderá, continuaba, el que determine el auditor de cuentas de la sociedad, y si no estuviera obligada a verificar sus cuentas, el auditor designado a este efecto por los administradores. El cambio de criterio para determinar el valor de transmisión de las acciones y participaciones de la sociedad laboral se justificaba en su exposición de motivos, donde se decía: *«el valor de las acciones en caso de adquisición preferente ha de ser, si hay discrepancia, el valor real, valor que será fijado por el auditor..., lo que supone una situación más justa que la anterior y en total consonancia con la regulación general de las sociedades de capital para esta materia»*.

Con la aprobación de esta norma, Ley 4/1997 no sólo renuncia a establecer alguna medida que compense el valor de transmisión de las acciones o participaciones en las sociedades laborales, sino que se distancia de la regulación prevista en esos momentos en el TRLSA (art. 63) y LSRL (art. 29 LSRL) al no permitir a los socios establecer pactos y condiciones en los estatutos sobre la materia. Esta situación va a dar lugar a que se adopten y generalicen pactos para-sociales en las sociedades laborales con el fin de favorecer el relevo generacional y en definitiva la transmisión de las acciones y participaciones a nuevos trabajadores.

Uno de los objetivos de la reforma planteada por Confesal desde un primer momento era respetar la libertad de pactos de los socios en relación con la valoración de las acciones y participaciones de las sociedades laborales, con el fin de favorecer tanto que el trabajador pueda acceder a la condición de socio, como que el antiguo trabajador que quiere abandonar la sociedad pueda recuperar el valor de su participación, dada la inexistencia de un mercado de acciones y participaciones⁴⁷. Pero las me-

⁴⁷ La propuesta de Ley presentada por Confesal en 2009 decía en su art. 8 que: *«El precio de las acciones o participaciones, la forma de pago y demás condiciones de la operación serán, salvo pacto o previsión estatutaria en contra, las convenidas y comunicadas al órgano de administración por el socio transmitente. Si la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes, o el previsto estatutariamente, y en su defecto, el valor razonable de las mismas el día en que se hubiese comunicado al órgano de administración ...»*. En la propuesta de 2013, el art. 6.5º señalaba: *«El precio de las acciones o participaciones, la forma de pago y demás condiciones de la operación serán, salvo pacto, las convenidas y comunicadas al órgano de administración por el socio transmitente. Si la*

didadas propuestas no siempre fueron bien acogidas⁴⁸. A veces se olvida que la sociedad laboral adopta la forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada pero no comparte sus fines. No es una sociedad de capital al uso, sus socios no ingresan para obtener la máxima rentabilidad por su aportación a capital sino para disfrutar de un puesto de trabajo en las mejores condiciones posibles. Puede decirse, conforme a la Ley de Economía Social 5/2011 (art. 4) que la sociedad laboral, como empresa de economía social, se rige por principios propios que dan primacía a las personas sobre el capital; prioriza sus decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo que en relación a sus aportaciones a capital social; aplica los resultados obtenidos de la actividad económica en función del trabajo desarrollado; promueven la solidaridad interna y ante todo, la generación de empleo estable y de calidad. Si el capital es un instrumento para el desarrollo de la sociedad laboral, no puede constituir un impedimento para el acceso de los trabajadores a la condición de socios ni para la baja del socio cuando ha concluido su vida laboral, y las normas que le son de aplicación deberían interpretarse conforme a los principios que le son propios y no conforme a los principios de la sociedad de capital, con la que sólo comparte la forma.

La vigente Ley 44/2015 reproduce en su art. 7 el contenido del anterior art. 8 de la Ley 4/1997 pero introduce una adaptación y dos importantes novedades:

- a) Por una parte y en relación con el valor razonable que debía determinar el «auditor de cuentas» en la Ley 4/1997; en la vigente Ley 44/2015 se atribuye esta tarea a un «experto independiente»

transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes, o en su defecto, el valor razonable de las mismas el día...»; y en el párrafo 6º «No obstante lo anterior, los socios de la sociedad laboral podrán acordar en los estatutos sociales los criterios y sistemas para la determinación previa del valor de las acciones o participaciones para el caso de su transmisión o amortización, en cuyo caso prevalecerá este valor».

⁴⁸ Sáenz García de Albizu (2010:1095) dudaba que por vía estatutaria pudiera impedirse al transmitente obtener el «valor razonable» de sus acciones o participaciones sociales; mientras que Paniagua (2015a:23) considera que una previsión estatutaria al respecto constituye una infracción del derecho de propiedad privada, del orden público económico y del sentido institucional de la sociedad laboral, apuntando incluso a su inconstitucionalidad.

distinto al auditor de la sociedad, designado a este efecto por los administradores⁴⁹.

- b) La primera novedad la encontramos en el último párrafo del art. 7, según el cual, los socios de la sociedad laboral siempre pueden acordar en los estatutos sociales los criterios y sistemas de determinación previa del valor de las acciones o participaciones que crean oportunos para los supuestos de transmisión, en cuyo caso prevalecerá este valor sobre cualquier otro (valor comunicado, valor razonable, etc.). Esta mención se incorporará en los estatutos y no en la escritura de constitución⁵⁰, pero exige unanimidad para su aprobación inicial; y si la cláusula se pretende incorporar con posterioridad a la constitución de la sociedad, requerirá el acuerdo de los socios, reunidos en junta general, necesario para la modificación de los estatutos, y no vinculará a los socios que no hayan votado a favor del acuerdo. Esta norma incorporada a propuesta de Confesal, tiene como objetivo favorecer la entrada y salida de socios de la sociedad laboral y el necesario relevo generacional. Los estatutos deberían contemplar también la posibilidad de incorporación al acuerdo societario de aquellos socios ausentes o que a pesar de su disidencia reconsideren más tarde su posición. La sociedad laboral debe garantizar los derechos individuales de sus socios pero también debe asegurar la igualdad de trato y la no discriminación entre sus socios y trabajadores (arts. 97 LSC y art. 17 Estatuto de los Trabajadores)⁵¹. La norma en cuestión es asumible como contenido estatutario⁵², porque cumple el primero de los requisitos que exige la DGRN para dar validez a las cláusulas estatutarias sobre valoración, esto es, sólo se aplicará a los socios que hayan dado su consentimiento. Pero también deberá cumplirse el segundo requisito, esto es, que el precio fijado no sea por sí mismo simbólico, ridículo o manifiestamente desproporcionado⁵³.

- c) La segunda novedad consiste en que el acuerdo sobre los criterios y sistemas de determinación previa del valor de las acciones o par-

⁴⁹ La sustitución de la figura del auditor por la del experto independiente deriva de la aplicación de la LSC que se había visto modificada en esta materia por la Ley 22/2015, de 20 de julio de Auditoría de Cuentas, en su Disposición final 4.1.

⁵⁰ Como los artículos 114.2 b, y 175. 2 b, del RRM, tras la modificación de 2007.

⁵¹ Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

⁵² Perdices (2017:13).

⁵³ Resoluciones de 20 de agosto de 1993 o 4 de julio de 1995.

ticipaciones puede afectar, no sólo al valor de éstas con ocasión de su transmisión (voluntaria o forzosa), sino también, con ocasión de su amortización, como reza el título del artículo 7 «*Valoración de las acciones y participaciones a los efectos de transmisión o amortización*». La amortización tendrá lugar cuando como consecuencia de la separación o exclusión de un socio de la sociedad laboral, sus acciones o participaciones hayan sido ofrecidas en transmisión conforme al art. 6 y no hayan sido adquiridas en su totalidad (art. 16. 3 LSL).

Estas novedades permiten ajustar el régimen jurídico de la LSC, en particular el relativo a la valoración de las acciones y participaciones, a las particularidades de la sociedad laboral, y en particular es de esperar que favorezcan el acceso de los trabajadores a la condición de socio, ya que permite diseñar unas condiciones para ello, previsibles y asumibles⁵⁴.

VI. CONCLUSIONES

La sociedad laboral toma la forma de una sociedad de capital aunque como vimos, por sus fines y principios pertenece a la economía social. Sin embargo, hay que reconocer que el capital social ha sido y sigue siendo un elemento importante en la configuración de la sociedad laboral: la laborabilidad se determina por el mayor peso que tienen los trabajadores fijos en el capital de la sociedad, y la principal condición que asume la sociedad es conseguir que esa mayoría se mantenga en el tiempo, para lo que se reconoce legalmente un derecho preferente a los trabajadores fijos que todavía no son socios, ante la transmisiones de acciones y participaciones sociales, y ante los aumentos de capital con emisión de nuevas acciones o asunción de nuevas participaciones.

El capital de la sociedad laboral se dividen en participaciones (SRL) o en acciones nominativas (SAL), que se reflejarán en el correspondiente libro registro de la sociedad. Si la sociedad laboral tuviera socios que no sean trabajadores fijos, tendrá que constituir distintas clases de acciones o participaciones sociales, y se denominarán «laborales» las que pertenezcan a los trabajadores fijos, y «generales» las demás. El hecho de que estas categorías

⁵⁴ Como dice Díez Acimas (2016:72) «*Al establecerse unas condiciones de transmisión para el futuro, fijadas y conocidas desde el momento de la constitución y saber que serán aplicables, por ejemplo, las mismas condiciones económicas que se exigieron al inicio de la sociedad, puede facilitar la decisión a los trabajadores de incorporarse como socios*».

se vinculen con la condición del titular resta relevancia a la publicidad de qué acciones o participaciones serían de cada clase. Sin embargo la ley sigue contemplando que se de publicidad en los estatutos a esta información, con la consiguiente necesidad de tener que modificarlos cuando se altera la proporción entre ambas clases. No vemos necesidad ni obligación de seguir reflejando esa información en los estatutos; en cambio si sería conveniente que en el libro registro de socios y acciones nominativas, se hiciera referencia a la condición de trabajador fijo de su titular, si fuera el caso.

Por último, hemos destacado la conveniencia de que los socios puedan prever con antelación el valor razonable de sus acciones y participaciones sociales, para el caso de su transmisión o amortización, de forma que se facilite tanto el acceso de los trabajadores fijos a la condición de socios, como la salida de los socios que finalizan su vida laboral o no quieran seguir siendo socios de la sociedad. Estos acuerdos para ser incorporados a los estatutos exigen unanimidad o en todo caso, no pueden imponerse si el socio no ha dado su conformidad previa, pero también debe tenerse en cuenta que el precio acordado no puede ser simbólico, superfluo o desproporcionado, como exige la doctrina de la DGRN.

Bibliografía

- ALONSO ESPINOSA, F. J. (1997). «Especialidades en el régimen de la posición jurídica del socio». *Régimen jurídico de las Sociedades Laborales (Ley 4/1997)*. Tirant lo Blanch, pp. 67-100.
- BARRERO RODRÍGUEZ, E. (2015). «Consideraciones sobre la reforma del régimen legal de las sociedades laborales». *RdS* núm 45, pp. 249-289.
- CANO LÓPEZ, A. (2008). «Algunas reflexiones tópicas al hilo de una singular y necesaria propuesta de reforma». *CIRIEC. Revista Jurídica* núm 19, pp. 159-171.
- (2002a). *Teoría jurídica de la economía social: la sociedad laboral, una forma jurídica de empresa de economía social*, Madrid, Consejo Económico y Social.
- CIVERA GARCÍA, A. (1997). «Consideraciones en torno a la nueva Ley de Sociedades Laborales», en *RGD* núm. 634-635, pp. 9181 a 9196.
- DIÉZ ACIMAS, L. (2016). «Régimen jurídico de las Sociedades Laborales y Participadas (Análisis de la Ley 44/2015, de 14 de octubre» *Deusto Estudios Cooperativos*, núm. 8, 51-96.
- ESCUIN IBÁÑEZ, I. (2017). «Régimen jurídico del capital social (I). Clases de acciones y participaciones sociales. Su transmisión». *El régimen jurídico de las sociedades laborales*. (Dir: Andreu Martí, M) Thomson Reuters Aranzadi, pp. 89 a 108.
- (2017). «Régimen jurídico del capital social (I). Clases de acciones y participaciones sociales. Su transmisión». *El régimen jurídico de las sociedades laborales*. (Dir: Andreu Martí, M) Thomson Reuters Aranzadi, pp. 89 a 108.

- FAJARDO, G. (2008). «Aspectos societarios de la reforma de la Ley de Sociedades Laborales», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 19, 141-158.
- (2014). «La sociedad laboral como sociedad controlada por sus trabajadores, ante la reforma de su régimen jurídico». Congreso de investigadores en economía social y cooperativa. CIRIEC. XV edición. *Las Cooperativas y la Economía Social en un entorno de recuperación económica*. Santander, 25 y 26 de septiembre de 2014. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/320563679_La_sociedad_laboral_como_sociedad_controlada_por_sus_trabajadores_ante_la_reforma_de_su_regimen_juridico.
- FAJARDO, G; ALGUACIL, P. y LÓPEZ GANDÍA, J. (2009). *Propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Laborales 4/1997, en Análisis sobre los cambios normativos necesarios para cooperativas y sociedades laborales para su adaptación al nuevo escenario económico*. Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- GARCÍA RUIZ, E (2017). «El régimen societario de las sociedades laborales en la nueva Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas», *Revista de Estudios Cooperativos*, núm 123, pp. 64-93.
- GÓMEZ PORRÚA, J. M. (1997) «La nueva regulación de las sociedades laborales», *Derecho de los Negocios* n° 80, pp. 1-30.
- IGLESIAS CABERO, M. (1997). «Las Sociedades laborales en la nueva normativa», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, tomo 3, pp. 1877-1882.
- LANZAS GALVACHE, J. (1987). «Las sociedades anónimas laborales (Comentario a la Ley 15/1986, de 25 de abril)». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 580, pp. 663 a 710.
- PORTELLANO DÍEZ, P. y MERCADER UGUINA, J. R. (1997). «La sociedad laboral: sencillamente una sociedad especial». *Rev. Relaciones Laborales*, n° 1, pp. 1155-1199.
- NEILA NEILA, J. M^a (1998). *Sociedades laborales. Análisis sistemático de la Ley 4/1997, de 24 de marzo*. Ed. Dykinson, Madrid.
- PANIAGUA ZURERA, M. (2015a). «La singularidad tipológica de la sociedad laboral y su legislación adecuada (A propósito de la Proposición de ley de sociedades laborales de Confesal y de la aplicación judicial de la Ley 4/1997, de sociedades laborales)». *RdS* núm 44, pp. 171-232.
- (2015b). «Las sociedades laborales ante el Anteproyecto de ley de nuevo Código Mercantil». *Estudios sobre el Futuro Código Mercantil. Libro Homenaje al Prof. Rafael Illescas Ortiz*. Dir. Morillas, M. J.; Perales, P; y Porfirio, L. J. Universidad Carlos III, Madrid, pp. 726-744.
- PERDICES HUETOS, A. B. (2017). «Comentario a la RDGRN de 15 de noviembre de 2016 sobre determinación estatutaria del valor de participaciones (RJ 1016, 6056)», *Revista de Derecho de Sociedades*, 49, 13 pp. 227-238.
- PERDICES HUETOS, A. B. (2000). *El libro registro de socios. La legitimación del socio en las sociedades de capital*. Ed. Cívitas.
- PLAZA ANGULO, J. J. (2011). *Las sociedades laborales andaluzas: factores de supervivencia*, Málaga. Ed. Uma Tecnolex, SL.
- RUIZ PERIS, J. I. (2002). «Breves reflexiones en materia de sociedades laborales y acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción», en *Derecho*

- de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, vol. IV. Mc Graw Hill, Madrid, pp. 4367-4378.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C.; GOÑI, J. L.; DE LA HUCHA, F. y PERDICES, A. (2000). *Sociedades Laborales*. Tomo XV. *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*. Dir. Uría, Menéndez y Olivencia. Cívitas, Madrid.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBUZI, J. C. (2008). «Propuesta de reforma de la Ley de 1997 de Sociedades Laborales —CONFESAL— Problemas societarios». *CIRIEC. Revista Jurídica* núm. 19, pp. 135-143.
- (2010). «La Ley de sociedades laborales de 1997: ante una reciente propuesta de reforma», *Estudios de Derecho Mercantil: En memoria del profesor Anibal Sánchez Andrés*, coord. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A. Aranzadi, Pamplona, pp. 1083-1096.
- SANTOS MARTÍNEZ, V (2006). «Cambios de socios en las sociedades laborales: cuestiones generales», *RdS*, núm. 27, pp. 189-212.
- SELVA SÁNCHEZ, L. M. (1996). «Consideraciones críticas acerca de la Proposición de ley de sociedades laborales» *Revista Jurídica La Ley*, núm. 4113, 2 de septiembre pp. 1329-1338.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. M^a y BARBERENA BELZUNCE, I. (1998). *Las sociedades laborales. Aspectos societarios, laborales y fiscales*. Ed. Aranzadi, Pamplona.
- VÁZQUEZ CUETO, J. C. (1995). *Régimen jurídico de la autocartera*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- VICENT CHULIÁ, F. (2008). *Introducción al Derecho Mercantil*. 21 ed. Tirant lo Blanch.

La transmisión de acciones y participaciones. Causas y procedimientos¹

Dra. **MARÍA DEL MAR ANDREU MARTÍ**

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad Politécnica de Cartagena (España)*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. TRANSMISIÓN VOLUNTARIA *INTER VIVOS* DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES. 1. Transmisión libre a trabajadores indefinidos de la sociedad. 2. Transmisión restrictiva: derechos legales de adquisición preferente. 3. Valoración de acciones y participaciones en la transmisión. 4. Cláusulas estatutarias prohibidas. III. TRANSMISIÓN FORZOSA DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES. 1. Derivada de la extinción de la relación laboral. 2. Derivada de embargo o de ejecución de prenda. IV. TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES. V. LA CONVERSIÓN AUTOMÁTICA DE LAS CLASES DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES. Bibliografía.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Las sociedades laborales son, desde un punto de vista tipológico, un tipo social híbrido al ser, como reconoce la vigente Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas² (LSLP), sociedades de capital por su obligada forma de SA o de SRL que, al tiempo, pretenden promover que sus trabajadores accedan a la condición de socio y detenten el poder y el control de la sociedad.

¹ El trabajo se enmarca en los siguientes proyectos: 1. «La necesaria y conveniente actualización del régimen jurídico de las sociedades laborales: su idoneidad al servicio del emprendedor» (19311/PI/14) financiado por la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia en el marco del PCTIRM 2011-2014. 2. «La renovación tipológica en el derecho de sociedades contemporáneo», Programa estatal de fomento de la investigación científica y técnica de excelencia, subprograma de generación del conocimiento (DER2013-44438-P).

² Para el estudio de la nueva Ley vid. recientemente AA.VV. Andreu Martí dir. (2017, 1-329) Fajardo García (2016, 16-25).

Precisamente esta finalidad y su consiguiente encuadramiento en el seno de la economía social³ son los que determinan que aún siendo estructuralmente SA o SRL se sometan a una regulación específica distinta a la de las sociedades de capital⁴. En esta línea, una de las diferencias regulatorias más notables es el especial régimen jurídico al que se somete la transmisión de acciones o participaciones sociales en las sociedades laborales. Especialidad que se justifica, por un lado, por el establecimiento de un régimen que promueva que sus trabajadores adquieran la condición de socio y, por otro, para evitar que la transmisión pueda conducir a que la sociedad sea descalificada como laboral por transgredir los requisitos a tal efecto exigidos⁵.

En consecuencia, el régimen de transmisión ha sido objeto de especial atención en todo el proceso de reforma que ha culminado con la aprobación de la LSLP. Baste recordar sin analizar los múltiples y variados factores que la reclamaban que, con anterioridad al mandato legal de la LES⁶, ya se venía reclamando esta reforma por la organización representativa de las sociedades laborales en España: Confesal. Varias fueron sus propuestas normativas siendo su estudio necesario para comprender el texto legal vigente sobre el que han ejercido, como veremos, una notable influencia. Las más importantes a las que nos referiremos son la *Proposición de Ley de*

³ El art. 5.1 LES encuadra expresamente a las sociedades laborales como entidades de la economía social. Sobre los principios de la economía social vid. Alfonso Sánchez y Andreu Martí (2017, 64-105).

⁴ Al respecto debe advertirse que esta estructura genera ciertas disfunciones que, en realidad, reflejan la ya clásica discusión doctrinal sobre la conveniencia de crear un tipo social *ad hoc* para esta realidad empresarial y social. Sin embargo, tal discusión puede tildarse hoy de estéril habida cuenta que la reciente normativa sigue apostando por el mismo modelo.

⁵ Recordemos brevemente que estos requisitos son que en la SA o SRL la mayoría del capital social sea propiedad de sus trabajadores indefinidos; que ninguno de los socios, salvo excepciones, posea más de la tercera parte del capital y que se mantenga un porcentaje determinado entre el número de horas-año trabajadas por los trabajadores indefinidos que no sean socios y los socios trabajadores (art. 1 LSLP). Aunque a simple vista parecen coincidir con los requisitos exigidos por el régimen anterior (arts. 1 y 5.2 LSL), la nueva regulación presenta variaciones significativas. Vid. en profundidad Andreu Martí (2017, 34-43).

⁶ Cfr. DA séptima LES que ordenaba al Gobierno que remitiera a las Cortes en el plazo de seis meses un proyecto de ley que actualizase y revisase la LSL.

Sociedades Laborales de 2009 (en adelante PLSL-2009)⁷ y la *Propuesta de Ley de Sociedades* de 2013 (en adelante PLSL-2013)⁸.

La LSLP regula la transmisión de acciones y participaciones sociales en los arts. 6 a 10 con una estructura tradicional que seguiremos en nuestra exposición: transmisión *inter vivos* voluntaria o forzosa y transmisión *mortis causa*.

II. TRANSMISIÓN VOLUNTARIA *INTER VIVOS* DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES

La LSLP regula en los arts. 6 a 8 la transmisión voluntaria de acciones y participaciones sociales en una sociedad laboral.

Conviene comenzar su estudio advirtiendo que, igual que en la derogada LSL⁹, dicho régimen jurídico no distingue según se trate de una sociedad anónima laboral o de una sociedad de responsabilidad limitada laboral sometiendo ambas a idéntico tratamiento pese a su diferente finalidad, estructura y fisonomía generando, en ocasiones, ciertas dudas por contravenir los principios configuradores de estos tipos sociales¹⁰.

La nueva ley ha incorporado varias novedades, algunas de calado, que iremos viendo pormenorizadamente tanto respecto de la normativa anterior, como frente a las diversas propuestas presentadas por Confesal en la última década. La intención del legislador es establecer un sistema más ágil para la transmisión voluntaria de acciones y participaciones, sean de la clase general o laboral, simplificando el complejo sistema de adquisición preferente regulado anteriormente que se caracterizaba por su carácter imperativo y por su complejidad, habiendo planteado múltiples problemas

⁷ Sobre la PLSL-2009 vid. Andreu Martí (2010, 119-144); Cano López (2008, 159-171); Fajardo García (2008, 141-158); Olavarría Iglesia (2008, 173-177); Paniagua Zurera (2015, 171-232); Sáenz García de Albizu (2008, 179-187).

⁸ Sobre la PLSL-2013 vid. Andreu Martí (2013, 19-47); García Ruiz (2013, 249-279).

⁹ Para su estudio vid., entre otros, Gómez Calero (1999); Neila Neila (1998); Pagador López (2005); Ruiz Peris (2002); Sáenz García de Albizu y Goñi Sein y Hucha Celador y Perdices Hueto (2000); Santos Martínez (2002); Valpuesta Gastaminza y Barberena Belzunce (1998).

¹⁰ La derogada LSL ya contenía excepciones a las reglas estructurales de las SA y SRL que no se justificaban por el carácter «laboral» de las sociedades laborales. En este sentido, vid. las interesantes reflexiones de Valpuesta Gastaminza y Barberena Belzunce (1998, 264-265).

interpretativos estudiados por la mejor doctrina¹¹ que, como veremos, se logran resolver en algunos casos.

La principal novedad introducida es que se somete la transmisión de acciones y participaciones a idéntico régimen jurídico con independencia de que sean de la clase laboral o general a diferencia, como veremos, tanto de su predecesora como de las propuestas de Confesal¹².

En esta sede, conviene recordar que en las sociedades laborales se distinguen dos clases de acciones o participaciones sociales: las de clase laboral y las de clase general. Las primeras se definen legalmente como aquellas que sean propiedad de los trabajadores cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido y las de clase general son las restantes¹³. Esta dualidad legal de cuotas sociales ha planteado tradicionalmente si existían, en sentido técnico jurídico, dos clases de acciones o participaciones. Algunos consideraban que, en puridad de términos, no pueden considerarse clases porque su existencia no viene condicionada por la atribución de derechos especiales sino que dependen tan solo de que su titular sea o no trabajador indefinido¹⁴. Otros, por su parte, consideraban que era posible hablar con propiedad de clases porque, en particular, se sometían a distinto régimen jurídico de transmisión¹⁵. Hay que advertir que este argumento hoy ya no puede esgrimirse porque la vigente LSLP ya no mantiene tal distinción no pudiéndose, en consecuencia, defender que se trate de 2 clases de acciones o participaciones en sentido estricto¹⁶. Cuestión distinta es que a nuestro entender debería haberse mantenido un régimen de transmisión de acciones o participaciones diferente según se tratara de laborales o generales porque hubiera sido más respetuoso con el espíritu e idiosincrasia propia de la sociedad laboral como sociedad participada por los trabajadores¹⁷.

¹¹ Para el estudio en profundidad de la transmisión *inter vivos* voluntaria en la derogada LSL y los problemas interpretativos que generó vid., entre otros, Alonso Espinosa (1997, 89-94); Gómez Calero (1999, 102-115); Pagador López (2005, 222-247); Valpuesta Gastaminza y Barberena Belzunce (1998, 101-121).

¹² Las diferentes propuestas de Confesal siempre mantuvieron un régimen jurídico de transmisión distinto según se tratara de acciones o participaciones de clase general o laboral.

¹³ Cfr. art. 5.2 LSLP coincidente con el derogado art. 6.1 LSL.

¹⁴ Vid. Alonso Espinosa (1997, 76-80); Gómez Calero (1999, 93).

¹⁵ Con esta opinión vid., entre otros, Neila Neila (1998, 146 y ss); Pagador López (2005, 190-202); Sáenz García de Albizu y Goñi Sein y Hucha Celador y Perdices Hueto (2000, 1334); Valpuesta Gastaminza y Barberena Belzunce (1998, 78-79).

¹⁶ En igual sentido vid. en profundidad Escuin Ibáñez (2017, 91-94).

¹⁷ Vid. Andreu Martí (2017, 36-37).

Al respecto, conviene recordar que en el PLSL-2013 no solo se mantenía la distinción en el régimen de transmisión de las cuotas laborales o generales sino que se intensificaba¹⁸.

A pesar de esta falta de distinción regulatoria, sigue siendo de gran trascendencia que las acciones o participaciones que vayan a transmitirse sean laborales o generales porque podría generar el incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos para conservar el carácter laboral de la sociedad. El primero, el relativo a que la mayoría del capital social sea propiedad de sus trabajadores indefinidos, es decir, que las acciones o participaciones de clase laboral en las que se divida el capital social superen el 50 %. El segundo, que ninguno de los socios, salvo algunas excepciones, posea más de la tercera parte del capital social sin distinguir de qué clase de acciones o participaciones se trate. Precisamente para evitarlo, el art. 6.3 LSLP somete cualquier tipo de transmisión al consentimiento de la sociedad si de su ejecución pudiera derivarse una transgresión de los límites exigidos por el art. 1 LSLP para su condición como sociedad laboral. La exigencia de este consentimiento, que proviene de las propuestas de Confesal¹⁹, entronca con la intención de que la sociedad sea consciente de que puede ser descalificada como laboral.

El art. 6 LSLP regula, de forma amplia y pormenorizada, la transmisión de acciones y participaciones estableciendo un régimen legal que sustituye para las sociedades laborales al previsto para las SA o SRL²⁰. Su carácter, como veremos, es mucho menos imperativo que el del régimen anterior al permitir mayor margen a la autonomía de la voluntad de los socios que podrán en algunas materias modificarlo vía estatutaria; posibilidad circuns-

¹⁸ Sobre el régimen jurídico de transmisión en el PLSL-2013 vid. Andreu Martí (2014, 316 y ss.).

¹⁹ Cfr. art. 6.4 PLSL-2013. Por su parte, la PLSL-2009 no exigía este consentimiento expreso sino que se limitaba a reservar a la sociedad la posibilidad de «*oponerse a cualquier transmisión de las acciones o participaciones si con la misma se superan los límites previstos en el art. 1 de esta Ley*» (art. 7.7). En extenso vid. Andreu Martí (2014, 324-325).

²⁰ Sobre ello vid. Alonso Espinosa (1997, 89); Gómez Porrua (1997, 14); Pagador López (2005, 223 y 226); Valpuesta Gastaminza y Barberena Belzunce (1998, 102-103). Debe tenerse en cuenta que, a pesar del tenor de la DF 1ª LSL, la aplicabilidad a las sociedades laborales de las normas de la SA o de la SRL con relación a supuestos contemplados por la LSL no puede realizarse sin analizar su compatibilidad con las «*líneas informadoras del sistema de restricciones de la LSL*» sobre todo en sede de SRL. Al respecto vid. Pagador López (2005, 223).

crita con la anterior LSL a aquellas cláusulas estatutarias que cerraran por completo la sociedad.

En esta línea, destacar que el art. 6.4 LSLP advierte que cualquier transmisión que no se ajuste al régimen legal, o en su caso, al establecido en los estatutos, no generará efecto alguno frente a la sociedad resolviendo los debates doctrinales existentes derivados del silencio de la normativa anterior²¹.

El régimen jurídico vigente se estructura en un supuesto de libre transmisión y en el reconocimiento de derechos de adquisición preferente a favor de distintos colectivos.

1. Transmisión libre a trabajadores indefinidos de la sociedad

El art. 6.1 LSLP señala que *«Las acciones y participaciones, salvo previsión estatutaria en contra, podrán transmitirse libremente a los socios trabajadores y trabajadores no socios con contrato por tiempo indefinido»*. Aunque la redacción resulte criticable²², de su interpretación conjunta con el resto del precepto puede afirmarse que cualquier socio podrá transmitir libremente sus acciones o participaciones, sean laborales o generales, cuando el adquirente sea trabajador indefinido de la sociedad con independencia de que sea o no socio²³. En este caso, el socio sólo debe comunicar por escrito a los administradores la identidad del adquirente, así como el número y características de las acciones o participaciones que desee transmitir. No se establece ninguna limitación pudiendo el socio transmitir todas o parte de sus cuotas y tanto a uno como a varios adquirentes siempre que sean trabajadores indefinidos.

La única limitación vendría dada cuando debido a la transmisión se pudieran superar los requisitos exigidos para conservar el carácter laboral de la sociedad. En este caso, al ser el adquirente trabajador indefinido, solo podrá incumplirse la exigencia de que ninguno de los socios, salvo algunas excepciones, pueda poseer más de la tercera parte del capital. En

²¹ Vid. Escuín Ibáñez (2017, 101).

²² Esta redacción resulta criticable porque podría interpretar erróneamente que la transmisión es libre para transmitir a cualquier socio trabajador aunque su contrato no fuera indefinido.

²³ Hubiera resultaba más clara la redacción del art. 6.1 PLSL-2013 (*«podrá transmitirlas a trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido, sean socios o no»*). Vid. Andreu Martí (2013, 32) y (2014, 320).

esta situación, el art. 6.3 LSLP exige, siguiendo la PLSL-2013²⁴, el consentimiento de la sociedad paliando el vacío legal existente en la regulación anterior²⁵.

Novedad de gran trascendencia de la nueva normativa es que se contempla expresamente que los socios puedan limitar estatutariamente el supuesto de libre transmisión descrito. Así, podrán introducir cláusulas estatutarias que conviertan también en restrictiva la transmisión a trabajadores indefinidos siempre respetando los límites previstos en el art. 8 LSLP que más tarde abordaremos. Se otorga, pues, un mayor margen a la autonomía de la voluntad de los socios que debe contemplarse con prudencia pues podría contrariar una de las finalidades preconizadas de este tipo social: que los trabajadores indefinidos que al comienzo de la sociedad no sean socios puedan alcanzar tal condición.

En definitiva, comparando la regulación vigente con la anterior concluimos que además de la novedosa regulación conjunta de la transmisión de acciones y participaciones de clase laboral y general, en relación con las cuotas de clase laboral no se produce gran variación al continuar siendo libre transmitir a trabajadores indefinidos aunque con la salvedad de que se introduce expresamente su posible restricción estatutaria.

Por el contrario, la normativa actual restringe respecto a la anterior los supuestos en los que el socio podía transmitir libremente sus cuotas sociales cuando sean de la clase general²⁶. En este sentido, la derogada LSL establecía que dicha transmisión era libre cuando el adquirente tuviera la condición de socio trabajador cualquiera que fuera la naturaleza de su relación contractual. Sin embargo, la vigente normativa restringe el supuesto de libre transmisión a que el socio trabajador sea indefinido excluyendo a los temporales. Esta restricción contrasta con la propuesta de libertad absoluta para transmitir cuotas sociales de clase general de la PLSL-2013 y que criticamos en su momento.

²⁴ Vid. al respecto Andreu Martí (2014, 322).

²⁵ En este sentido vid. Escuin Ibáñez (2017, 96).

²⁶ El derogado art. 7.1 LSL también establecía, aunque no expresamente, que era libre la transmisión de acciones o participaciones de clase laboral si el adquirente era trabajador indefinido fuera o no socio. Su tenor también generó problemas interpretativos sobre si el trabajador indefinido, además, debía de ser socio o no. Sobre ello vid. con opiniones divergentes Alonso Espinosa (1997, 90-91); Pagador López (2005, 22).

Concretamente, la PLSL-2013 proponía un giro radical respecto a la anterior normativa. En nuestra opinión, con este régimen de transmisión libre se pretendía impulsar la inversión en las sociedades laborales con la entrada de socios capitalistas que podrían recuperar su inversión con mayor facilidad. Aunque la finalidad pretendida resultara loable, en especial en momentos de crisis, no debe soslayarse el régimen general de transmisión de las cuotas sociales en las sociedades capitalistas. Así, las leyes reguladoras de las sociedades laborales puedan establecer, como establecen, normas específicas configuradas legalmente para transmitir sus acciones o participaciones bajo un régimen distinto al de las sociedades capitalistas. No obstante, surgen dudas sobre cuál debe ser su relación con los principios configuradores de estas sociedades capitalistas. No planteaba problema este sistema abierto para transmitir acciones de clase general aunque hubiera bastado con remitir al régimen general de la SA²⁷. Las dudas surgían por la transmisión libre de las participaciones sociales de clase general que podría vulnerar uno de los principios configuradores de las SRL que las caracteriza como sociedades cerradas con base en su vertiente personalista. En nuestra opinión, esta propuesta de Confesal de un régimen de transmisión libre de las participaciones de clase general no se justificaba por el carácter laboral de la sociedad ya que precisamente afectaba a sus cuotas no laborales²⁸. En realidad, esta posible controversia reflejaba, una vez más, los problemas que, desde siempre, ha generado la configuración de las sociedades laborales como tipo especial de SA o de SRL en vez de haber optado por crear una forma social específica que respondiera adecuadamente a la razón de ser de estas sociedades con una regulación general de la figura²⁹.

2. *Transmisión restrictiva: derechos legales de adquisición preferente*

El socio transmitente, cuando el adquirente no sea trabajador indefinido, deberá comunicar a la sociedad, según el procedimiento detallado en el art. 6.2 LSLP, «el número, características y términos económicos de las acciones o participaciones que se proponga transmitir». Tras esta comunicación, que tiene el carácter de oferta irrevocable, el órgano de administración deberá ir notificando simultáneamente dicha propuesta, en un plazo máximo de 10

²⁷ Así lo establecía el art. 7.1 LSAL.

²⁸ Vid. en extenso Andreu Martí (2014, 325-327).

²⁹ Al respecto vid. entre otros Cano López (1997, 195 y ss.); Embid Irujo (1997, 12); Valpuesta Gastaminza y Barberena Belzunce (1998, 259-269).

días, a unos grupos de personas a los que se les otorga un derecho legal de adquisición preferente de las cuotas ofertadas. En realidad, estos derechos se traducen en restricciones legales a la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales con la consiguiente reducción de su valor económico. Por tanto, estas restricciones solo deberían reconocerse legalmente en cuanto favorezcan el carácter laboral de la sociedad³⁰.

En concreto, se concede derecho de adquisición preferente a los siguientes grupos de personas: trabajadores indefinidos, socios trabajadores y socios generales que deben responder si están interesados en la compra en el plazo de 20 días desde que se les notificó la transmisión pretendida.

En esta fase, varias son las novedades frente a la regulación anterior cuyo régimen de transmisión ha sido tantas veces tildado como complejo, lento y farragoso. En primer lugar, se reducen los colectivos con derecho de preferencia al suprimir el que ostentaban los trabajadores con contrato temporal³¹. En segundo, la comunicación de los administradores a los grupos con derecho de preferencia se produce de forma simultánea y no concatenada lo que conlleva un ahorro considerable de tiempo porque no es necesario esperar la respuesta de cada grupo para informar al siguiente³². La simultaneidad en la comunicación merece un juicio positivo al reducir considerablemente la duración de esta fase ya que todos los posibles interesados deben responder en un plazo máximo de 20 días desde la notificación. Si nadie manifestara durante ese plazo su interés en adquirir las acciones o participaciones, el socio podrá transmitir las libremente³³.

³⁰ Vid. Fajardo García (2008, 148); Sáenz García de Albizu (2008, 183).

³¹ En la PLSL-2013 de Confesal se proponía excluir del derecho de preferencia no sólo a los trabajadores temporales sino también a los titulares de acciones o participaciones de clase general. En contraposición, se permitía un mayor margen a la autonomía de la voluntad social porque expresamente se admitía que, vía estatutaria, se pudiera reconocer este derecho a otros sujetos aunque respetando el orden de prelación legalmente establecido.

³² También se mantenía, aunque con reducción de plazos frente a la LSL, el sistema de notificación y respuesta consecutiva de los sujetos con derecho de preferencia en las distintas propuestas de Confesal. En profundidad vid. Andreu Martí (2014, 322-323).

³³ En este caso, la normativa vigente reduce considerablemente los plazos agilizando el procedimiento. El derogado art. 7.7 LSL establecía que, en todo caso, el socio será libre para transmitir sus acciones o participaciones cuando hubieran transcurrido 6 meses desde que comunicó a los administradores su propósito y nadie hubiera ejercitado sus derechos de preferencia. Las propuestas de Confesal de

Cuando, por el contrario, los que hubieran ejercitado su derecho de preferencia superaran la oferta existente, la ley establece un orden de prelación para ordenarlos. Así pues, el orden de prelación ya no se aplica en cualquier caso como antaño sino sólo a posteriori, transcurridos los 20 días, y sólo cuando sea necesario que los administradores ordenen las ofertas de compra³⁴. En concreto, el orden de prioridad legalmente establecido es el siguiente: trabajadores indefinidos no socios, socios trabajadores, socios de la clase general y, por último, la sociedad. Esta última inclusión creemos que obedece a un error del legislador. Insistamos en que en el sistema previsto sólo se aplica este orden de prelación cuando los sujetos con derecho de preferencia hayan manifestado su intención de comprar más acciones o participaciones que las que se desean transmitir, es decir, cuando la demanda supera la oferta existente. Como resulta obvio, el reparto solo debe realizarse entre tales sujetos —trabajadores indefinidos, socios trabajadores y generales— ya que nunca se producirá excedente. La sociedad sólo entrará en juego en el supuesto contrario, esto es, cuando no hayan manifestado interés por adquirir todas o parte de las acciones o participaciones ofertadas. A este respecto, conviene apuntar que la Ley introduce, siguiendo las propuestas de Confesal³⁵, un régimen de autocartera cuyo análisis remitimos³⁶.

Al tiempo, se establecen nuevos y diversos criterios para ordenar dentro de cada grupo los derechos de preferencia de sus integrantes frente a la distribución a partes iguales de la anterior normativa³⁷. El criterio de distribución en el colectivo de los trabajadores indefinidos es la antigüedad en la empresa. Coincidimos con las críticas sobre este criterio al no cumplir ninguna función de reparto porque sólo puede priorizar a los trabajadores pero sin que se pueda calcular matemáticamente cuántas acciones o participaciones corresponden a cada uno³⁸. En el grupo de los socios trabajadores, las acciones o participaciones deseadas se distribuirán en relación inversa al número de acciones o participaciones que posean. Este criterio

2009 y 2013 reducían este plazo a 2 y 3 meses respectivamente. Vid. Andreu Martí (2014, 325).

³⁴ En este sentido vid. Escuin Ibáñez (2017, 97 y ss.).

³⁵ Vid. su regulación en la PLSL-2013 y PLSL-2009 en Andreu Martí (2014, 324).

³⁶ Al respecto vid. Jordá García (2017, 109 y ss.).

³⁷ Cfr. art. 7.5 LSL. También la propuesta de Confesal de 2009 mantenía el mismo criterio de reparto a partes iguales aunque permitiendo que se modificara vía estatutaria. Vid. Andreu Martí (2010, 35).

³⁸ Con esta opinión que compartimos Escuin Ibáñez (2017, 100).

de proporcionalidad inversa era el propuesto por Confesal para todos los grupos y, en nuestra opinión, permite repartir el poder en la sociedad de forma más igualitaria resultando más acorde con los postulados de la economía social porque beneficia en el reparto a quienes menos participación tuvieran en el capital social³⁹. Por último, entre los socios de la clase general se distribuirán a prorrata de su participación en el capital social. En este caso, el criterio de la proporcionalidad directa permite que las cuotas de participación en el capital social de los socios no se alteren. No obstante, consideramos que hubiera sido preferible que también se aplicara, por las razones ya apuntadas, el criterio de la proporcionalidad inversa.

En cualquier caso, los administradores, una vez recibidas las ofertas de compra, y tras priorizarlas si fuera necesario, disponen de un plazo de 10 días para comunicar al socio transmitente la identidad del adquirente/s. El socio deberá, para dar mayor celeridad al proceso, transmitir sus acciones o participaciones en el plazo de 2 meses o, en caso contrario, iniciar de nuevo todo el procedimiento legalmente establecido⁴⁰.

3. Valoración de acciones y participaciones en la transmisión

El art. 7 LSLP establece, por una parte, que el precio de las acciones o participaciones sociales, la forma de pago y demás condiciones de la transmisión serán los convenidos y comunicados a los administradores por el socio que desea transmitir⁴¹. Por otra, que cuando las transmisiones sean a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de adquisición será el pactado por las partes o, en su defecto, su valor razonable en la fecha en que el socio comunique a los administradores que quiere transmitir. La norma define como valor razonable el fijado por un experto independiente designado por los administradores que debe ser distinto al auditor de la sociedad. Aunque este nombramiento se critica por la doctrina por la influencia que los administradores pueden ejercer

³⁹ Cfr. art. 6.2 p. 3 PLSL-2013. Vid. Andreu Martí (2014, 323-324). Con la misma opinión Escuín Ibáñez (2017, 99).

⁴⁰ Este plazo también se ha reducido frente a la normativa anterior que lo fijaba en 4 meses (cfr. art. 7.7 LSL).

⁴¹ En idénticos términos, el art. 8 LSL que optó por este sistema por ser el más defensivo para la propiedad del socio transmitente al que, en teoría, le debe resultar económicamente indiferente que el adquirente sea la persona con la que pacta que cualquier otra que ejercite su derecho de adquisición preferente. En este sentido, vid. Valpuesta Gastaminza y Barberena Belzunce (1998, 126).

sobre el experto que nombran, mejora la regulación anterior en la que era el propio auditor de cuentas de la sociedad el encargado de calcular el valor real de las acciones o participaciones⁴². No obstante, coincidimos en que sería preferible optar por otras fórmulas que garantizaran mayor objetividad en la valoración como, por ejemplo, que el experto se nombrara por el Registrador mercantil del domicilio de la sociedad⁴³.

La nueva regulación prevé, frente al carácter imperativo de la anterior, que pueda ser modificado por los estatutos siguiendo la propuesta de Confesal⁴⁴. En concreto, expresamente señala que en los estatutos sociales se podrán incluir otros criterios y sistemas para la determinación previa del valor de las acciones o participaciones sociales en los casos de transmisión.

4. Cláusulas estatutarias prohibidas

El art. 8 LSLP, siguiendo la normativa anterior⁴⁵, permite las cláusulas estatutarias de intransmisibilidad plena de acciones y participaciones en caso de transmisiones voluntarias *inter vivos* distinguiendo según se prevean para tiempo ilimitado o determinado. Estas restricciones, que generan el cierre de la sociedad, pueden afectar a todas o a alguna clase determinada de acciones o participaciones.

En este sentido, cuando se prevea prohibir tal transmisión por tiempo ilimitado, se exige que los estatutos reconozcan el derecho del socio a separarse de la sociedad⁴⁶ en cualquier momento evitando vinculaciones perpetuas. La incorporación de estas cláusulas a los estatutos sociales exigirá el consentimiento de todos los socios. Por su parte, cuando la prohibición de transmitir las acciones o participaciones social sea temporal, se permite excluir el derecho de separación del socio aunque tan sólo por un periodo máximo de 5 años desde la constitución de la sociedad o, en su caso, desde la fecha de la escritura pública de ejecución del aumento de capital.

⁴² Cfr. art. 8 LSL.

⁴³ En este sentido Rodríguez Ruiz de Villa (2004, 85), Escuin Ibáñez (2017, 103).

⁴⁴ Cfr. arts. 6.5 y 6.6 PLSL-203 y art. 8 PLSL-2009.

⁴⁵ Cfr. art. 9 LSL que es copia idéntica del vigente art. 8 LSLP.

⁴⁶ Sobre el derecho de separación del socio en la sociedad laboral vid. Alfonso Sánchez (2017, 135-183).

En realidad, la esbozada regulación prácticamente reproduce los términos del art. 108.3 y 4 LSC⁴⁷ aunque con una importante salvedad al circunscribirse esta normativa a la sociedad de responsabilidad limitada caracterizada, como es sabido, por su carácter cerrado y cuyos principios configuradores admiten este tipo de cláusulas. El problema se plantea al extender esta posibilidad a las sociedades anónimas laborales ya que contradice los principios configuradores de este tipo social como sociedad abierta por excelencia⁴⁸.

III. TRANSMISIÓN FORZOSA DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES

En el vigente régimen jurídico se regulan dos supuestos de transmisión forzosa de acciones y participaciones sociales en una sociedad laboral. Por un lado, cuando se deba a la extinción del vínculo laboral que unía a su titular con la sociedad y, por otro, el que deriva de embargo o de ejecución de prenda sobre las cuotas sociales. Esta última transmisión no se regulaba en la normativa anterior y tiene su origen en las propuestas de Confesal.

Aunque la regulación específica del supuesto de embargo o de ejecución de prenda merece una consideración positiva al cubrir el vacío legal anterior, debe criticarse la sistemática utilizada por el legislador fruto, intuitivos, de errores de redacción y adaptación «arrastrando» textos anteriores. En concreto, nos referimos a la denominación del art. 9 LSLP que regula ambos supuestos: «*Transmisión de acciones y participaciones en los supuestos de extinción de la relación laboral*». Resulta obvio que coincide con el primer caso de transmisión citado pero no refleja, en grado alguno, el motivado por el embargo o ejecución en prenda de los bienes del socio regulado por su apartado 3. Huelga indicar que esta última enajenación afectará a la relación del socio como tal en la sociedad pero en ningún caso a su puesto de trabajo. En nuestra opinión, el error advertido no se debe a una confusión legislativa conceptual sino a que se ha arrastrado la denominación del derogado art. 10 LSL «*Extinción de la relación laboral*» aunque con un contenido similar al art. 8 PLSL-2013 que regula ambos casos bajo la correcta denominación de «*Transmisión forzosa de acciones y participaciones*».

⁴⁷ Sobre su regulación en el régimen general de las sociedades de capital vid. Perdiges Hueto (2011, 897-899).

⁴⁸ Vid. Alonso Espinosa (1997, 86), Escuin Ibáñez (2017, 103-104).

1. *Derivada de la extinción de la relación laboral*

El art. 9 LSLP obliga al socio trabajador cuya relación laboral con la sociedad vaya a extinguirse por su jubilación, despido u otras circunstancias a que, en el plazo de 1 mes desde la firmeza de la extinción, ofrezca sus acciones o participaciones siguiendo las normas y procedimiento de la transmisión voluntaria de las cuotas sociales estudiadas *ut supra*. Aunque la Ley no lo señale expresamente el socio trabajador al que se le impone esta obligación es únicamente al titular de acciones o participaciones de clase laboral. En definitiva, se restringe su aplicación a los trabajadores indefinidos porque los socios generales bien no tienen vínculo laboral alguno con la sociedad, bien si existe es de carácter temporal y en nada afecta que este se extinga con su relación societaria. En nuestra opinión, para una mayor claridad, hubiera sido preferible que se hubiera especificado su aplicación al socio trabajador indefinido siguiendo la redacción de la Propuesta de Confesal de 2013⁴⁹.

Esta conclusión se ratifica atendiendo a las consecuencias impuestas «*si nadie ejercita su derecho de adquisición*». En este caso, el socio conservará su cualidad como tal si bien las acciones o participaciones que no hubiera transmitido pasarán a ser de la clase general según el procedimiento que más tarde veremos.

En el supuesto contrario, cuando exista comprador/es para las acciones o participaciones, el socio deberá proceder a su venta en el plazo máximo de 1 mes desde que se le requiera notarialmente. Transcurrido el plazo sin que se formalizara la venta, ésta podrá ser realizada por los administradores por el valor razonable o, en su caso, por el fijado estatutariamente; valor que se consignará judicialmente, en la Caja General de Depósitos o en el Banco de España.

Los Estatutos podrán establecer normas especiales para los casos de jubilación, incapacidad permanente o excedencia, así como para los de socios trabajadores que, por subrogación legal o convencional, dejen de trabajar para la sociedad laboral.

En síntesis, apostillar que la normativa vigente sigue con fidelidad las propuestas de Confesal⁵⁰ que tampoco se alejaban en demasía de la nor-

⁴⁹ Cfr. art. 8.1 PLSL-2013.

⁵⁰ Cfr. art. 8 PLSL-2013. No obstante, se omitía en la Propuesta de 2013 de Confesal la posible venta por los administradores cuando el socio no la realizara tras el re-

mativa anterior⁵¹. Las novedades se reducen, en primer lugar, a la fijación del plazo máximo de 1 mes «desde la firmeza de la extinción de la relación laboral» para que el socio trabajador ofrezca sus acciones o participaciones; plazo que consideramos adecuado para agilizar la salida del socio⁵². Y, en segundo, la posible inclusión estatutaria de normas especiales para los socios trabajadores que, por subrogación legal o convencional, dejen de trabajar para la sociedad laboral, aspecto que tampoco contemplaba expresamente la derogada LSL.

2. Derivada de embargo o de ejecución de prenda

La transmisión forzosa de acciones y participaciones sociales derivada del embargo o de su ejecución en prenda se regula por vez primera en la normativa vigente reproduciendo las Propuestas de Confesal⁵³. Hasta este momento, el vacío legal obligaba a aplicar sin más los regímenes de la SA o SRL, según procediera, aunque las peculiaridades y finalidad de las sociedades laborales generaban múltiples problemas interpretativos⁵⁴.

El art. 9.3 LSLP se limita a remitir al régimen general de las sociedades de capital con dos particularidades. En concreto, establece que se estará a lo previsto en el art. 109 LSC⁵⁵ aunque añadiendo, en primer lugar, que la administración deberá notificar el resultado de la subasta o del acuerdo de adjudicación de las acciones o participaciones sociales no sólo a los socios, sino también a los trabajadores indefinidos que no lo sean. En segundo, se prevé que el derecho de subrogación en la posición del rematante o, en su caso, del acreedor, seguirá el orden legalmente previsto para ejercitar el derecho de adquisición preferente en las transmisiones *inter vivos* voluntarias. En el caso de que fueran varios los interesados en subrogarse y las acciones o participaciones disponibles no fueran suficientes, entendemos

querimiento notarial. Posibilidad que si se contemplaba en su Propuesta de 2009 reproduciendo el tenor de la LSL. Vid. Andreu Martí (2014, 328-329).

⁵¹ Cfr. art. 10 LSL. Sobre los problemas interpretativos que generó vid., entre otros, Alonso Espinosa (1997, 97-98); Gómez Calero (1999, 121-131); Pagador López (2005, 251-255); Valpuesta Gastaminza y Barberena Belzunce (1998, 140-147).

⁵² El art. 10.1 PLSL-2009 establecía un plazo de 3 meses, plazo que considerábamos que era conveniente reducir para agilizar la salida del socio. Vid. Andreu Martí (2010, 138).

⁵³ Cfr. art. 8.3 PLSL-2013 y art. 10.3 PLSL-2009. Vid. Andreu Martí (2014, 329) y (2010, 139).

⁵⁴ Vid. Valpuesta Gastaminza y Barberena Belzunce (1998, 151-155).

⁵⁵ Sobre este régimen vid. Perdices Huetos (2011, 900-905).

que no se deberá aplicar el criterio de la proporcionalidad directa fijado en el art. 109 LSC sino los previstos por la LSLP que, recordemos, difieren según el colectivo de que se trate.

IV. TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES

El régimen jurídico para la transmisión *mortis causa* de acciones y participaciones sociales en el art. 10 LSLP es bastante similar al previsto en la normativa anterior⁵⁶ aunque con algunas novedades provenientes de las Propuestas de Confesal⁵⁷.

En concreto, la regla general es que el heredero o legatario del fallecido adquirirá la condición de socio con independencia de que las acciones o participaciones sean originariamente de clase laboral o general.

No obstante, la Ley admite que, vía estatutaria, se reconozcan derechos de adquisición preferente sobre las acciones o participaciones de clase laboral siguiendo el procedimiento y orden de prelación legalmente establecido para la transmisión voluntaria. El precio de la transmisión será el valor razonable de las acciones o participaciones el día de fallecimiento del socio o, en su caso, el que resulte de aplicar en dicha fecha los criterios de valoración previstos estatutariamente. Este derecho de adquisición preferente deberá ejercitarse en el plazo máximo de tres meses desde que se comunicara a la sociedad la adquisición hereditaria debiéndose pagar al contado salvo que en los estatutos se hubiera previsto otro modo. El único límite legal es que no se podrá ejercitar este derecho estatutario de adquisición preferente si el heredero o legatario fuera trabajador indefinido de la sociedad. En realidad, esta exclusión resulta coherente con los principios y finalidad de la sociedad laboral ya que el legislador permite que se introduzcan en estos casos restricciones estatutarias a la transmisión por el riesgo de que las acciones o participaciones de clase laboral sean adquiridas por terceros⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. art. 11 LSL. Para su estudio vid., entre otros, Alonso Espinosa (1997, 98-99); Gómez Calero (1999, 128-131); Pagador López (2005, 247-251); Valpuesta Gastaminza y Barberena Belzunce (1998, 135-140).

⁵⁷ Cfr. art. 9 PLSL-2013.

⁵⁸ En este sentido vid. Escuin Ibáñez (2017, 105).

Al igual que en la transmisión voluntaria, también se exige que la sociedad preste su consentimiento a la transmisión cuando con ella pudieran superarse los límites previstos para mantener su condición como sociedad laboral.

Además de esta exigencia también se introducen otras novedades de diversa índole. Por un lado, se reduce el plazo máximo para ejercitar el derecho de adquisición preferente previsto en los estatutos de cuatro a tres meses. Por otro, es posible pactar, vía estatutaria, una forma de pago distinta a la de contado; posibilidad que no se preveía en la normativa anterior.

En otro orden de cuestiones, mencionar que este régimen se ha criticado por limitarse a permitir la introducción de restricciones estatutarias en la transmisión *mortis causa* tan sólo en relación con las acciones o participaciones de clase laboral excluyendo de tal posibilidad a las de clase general. En nuestra opinión, nos parece adecuada la solución legal tanto porque resulta coherente con la naturaleza de las cuotas sociales de clase general, como para evitar desincentivar la inversión en las sociedades laborales. Además, no hay que olvidar que el nuevo socio no es cualquier tercero ajeno a la sociedad sino que se trata del heredero o legatario del socio fallecido con el que mantendrá, por lógica, vínculos familiares o personales. En consecuencia, no se produce apertura alguna de la sociedad⁵⁹.

V. LA CONVERSIÓN AUTOMÁTICA DE LAS CLASES DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES

El art. 5.3 LSLP establece que «*En los supuestos de transmisión de acciones o participaciones que supongan un cambio de clase por razón de su propietario, los administradores sin necesidad de acuerdo de la Junta General procederán a formalizar la modificación*» de los estatutos otorgando la correspondiente escritura pública para su debida inscripción. En definitiva, tras la transmisión, los administradores deben reclasificar la composición del capital social adecuando la clase de las acciones o participaciones afectadas según la naturaleza de su titular. De este modo, se garantiza, sin excepciones, que aquellas cuyo titular sea trabajador indefinido sean de clase laboral y las restantes de clase general.

⁵⁹ En contra vid., entre otros, Escuín Ibáñez (2017, 104-105).

En esta materia se introduce una profunda y acertada reforma que, siguiendo las propuestas de Confesal⁶⁰, solventa los problemas interpretativos generados por la anterior normativa y que conviene recordar pues afectan a la esencia de las clases de acciones y participaciones en las sociedades laborales.

Al respecto, el derogado art. 6.3 LSL establecía «*Los trabajadores, socios o no, con contrato por tiempo indefinido que adquieran... acciones o participaciones sociales pertenecientes a la clase general tienen derecho a exigir de la sociedad —su— inclusión... en la clase laboral, siempre que se acrediten a tal efecto las condiciones que la Ley exige. Los administradores, sin necesidad de acuerdo de la Junta General, procederán a formalizar tal cambio de clase y modificar ... los estatutos...*». En síntesis, la conversión de acciones y participaciones de clase general en laboral se configuraba como un derecho individual de los trabajadores indefinidos que sólo debían acreditar que cumplían las condiciones. Su ejercicio no se sometía a la junta general⁶¹ sino era competencia de los administradores que estaban facultados para modificar los estatutos.

No obstante, este derecho individual de los trabajadores indefinidos se configuraba como potestativo generando que pudieran ser titulares tanto de acciones o participaciones de clase general como laboral. Esta posibilidad fue objeto de intensas discusiones por su interpretación conjunta con la exigencia de que en una sociedad laboral más del cincuenta por ciento del capital debe ser propiedad de los trabajadores indefinidos. La doctrina mayoritaria⁶² defendía que esta mayoría debía integrarse por cuotas de clase laboral aunque, por autorización expresa del precepto, también podían ser titulares de otras de la clase general aunque sólo en lo que ex-

⁶⁰ En concreto, el art. 5.5 PLSL-2013 disponía «*Los administradores de la sociedad, al inscribir en el libro registro de socios o de acciones nominativas la transmisión de acciones o participaciones deberán adecuar su calificación a lo previsto en el apartado segundo*». De forma más completa el art. 5.3 PLSL-2009 proponía «*La conversión de acciones y participaciones de clase general en laboral y viceversa, con el fin de adecuarse a lo establecido en el párrafo 1º se realizará por los administradores, sin necesidad de acuerdo de la Junta General. El cambio se realizará por acuerdo del órgano de administración... y se inscribirá en el Registro Mercantil mediante certificación de dicho acuerdo*». Para su estudio en profundidad vid. Andreu Martí (2014, 331-336) y (2010, 130-132).

⁶¹ Por el contrario, en la derogada LSAL se atribuía la competencia para la conversión a la junta general pareciendo presuponer que se pudiera negar la modificación. Sobre ello vid. Valpuesta Gastaminza y Varberena Belzunce (1998, 88-89).

⁶² Entre otros vid. Gómez Calero (1999, 94-96); Gómez Porrua (1997, 10-11 y 29); Lázaro Sánchez (1997, 24); Valpuesta Gastaminza y Varberena Belzunce (1998, 88-90).

cediera de dicha mayoría. Si se cumplía este porcentaje no era necesario obligar a un trabajador a que sus acciones o participaciones fueran de un tipo o de otro. Por el contrario, un sector minoritario lo consideraba como una autorización legal para que el trabajador indefinido con acciones o participaciones de clase general las mantuviera. Así, computaban junto con las de clase laboral para alcanzar la necesaria mayoría del capital social en manos de estos trabajadores⁶³.

Estas disquisiciones doctrinales quedan hoy resueltas con el nuevo sistema de conversión automática de las clases de acciones y participaciones sociales. Su finalidad es adecuar dicha calificación a su definición legal: las acciones y participaciones propiedad de trabajadores indefinidos pertenecerán a la clase laboral y las restantes a la general⁶⁴. Al optar por la conversión automática, el legislador garantiza que más de la mitad del capital provenga de acciones o participaciones de clase laboral zanjando discusiones doctrinales. Al tiempo, asegura que la posible división del capital social en una sociedad laboral responda a la existencia y razón de ser de las dos clases de acciones o participaciones que pueden concurrir en este tipo social.

En síntesis, varias son las novedades de la nueva normativa que conviene resaltar.

En primer lugar, la conversión no se configura como un derecho voluntario e individual del socio, sino como un régimen automático⁶⁵ en el que la propia sociedad, a través de sus administradores, está obligada a reclasificar la composición de su capital social sin necesidad de requerimiento del socio⁶⁶. En segundo término, se configura un auténtico deber de los administradores que deben velar para que el capital responda a la división entre las dos posibles clases de acciones o participaciones en una sociedad laboral. Así, deben, sin necesidad de acuerdo de la Junta General, incluirlas en la clase laboral o general según sea o no su titular trabajador indefinido. Se deduce, pues, que los administradores también deberán comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos frente al sistema anterior donde tal acreditación correspondía al socio.

⁶³ Entre otros vid. Pagador López (2005, 38-44).

⁶⁴ Cfr. art. 5.2 LSLP que añade que «*La sociedad laboral podrá ser titular de acciones y participaciones de ambas clases*».

⁶⁵ En el mismo sentido, en relación con la PLSL-2009, vid. Sáenz García de Albizu (2008, 183).

⁶⁶ Esta posibilidad ya se había apuntado de *lege ferenda*, entre otros vid. Civera García (1997, 9187); Gómez Calero (1999, 96); Pagador López (2005, 41).

Bibliografía

- AA.VV. (2017). *El nuevo régimen jurídico de las sociedades laborales* (dir. Andreu Martí, M. M.), Aranzadi, Pamplona.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R. (2017). «Separación y exclusión de socios en la sociedad laboral», en AA.VV., *El nuevo régimen jurídico de las sociedades laborales* (dir. Andreu Martí, M. M.), Aranzadi, Pamplona, 135-183.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R. y ANDREU MARTÍ, M. M. (2017). «Tipología societaria y empresas de Economía social», en AA.VV., *La tipología de las sociedades mercantiles: entre tradición y reforma* (dir. Embid Irujo, J. M. y Oviedo Albán, J. y Navarro Matamoros, L.), Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 64-105.
- ALONSO ESPINOSA, F. J. (1997). «Especialidades en el régimen de la posición jurídica del socio», AA.VV., *Régimen jurídico de las Sociedades Laborales (Ley 4/1997)* (dir. ALONSO ESPINOSA, F. J.), Valencia, 67-99.
- ANDREU MARTÍ, M. M. (2017). «La sociedad laboral del siglo XXI. Significado y configuración», en AA.VV., *El nuevo régimen jurídico de las sociedades laborales* (dir. Andreu Martí, M. M.), Aranzadi, Pamplona, 27-47.
- (2014). «Transmisión de acciones y participaciones sociales en la reforma propuesta de la ley de sociedades laborales», *Revista jurídica de Economía social y Cooperativa, Ciriéc*, n° 25, 313-341.
- (2013). «Consideraciones sobre la propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Laborales», en AA.VV., *Economía social y Derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas de Economía social* (coord. Gómez Manresa, M. F. y Pardo López, M. M.), ed. Comares, Granada, 19-47.
- (2010). «Luces y sombras de la reforma de la Ley de sociedades laborales», *Revista jurídica de Economía social y Cooperativa, Ciriéc*, n° 21, 119-144.
- CANO LÓPEZ, A. (2008). «Algunas reflexiones tópicas al hilo de una singular y necesaria propuesta de reforma», *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa, Ciriéc*, n° 19, 159-171.
- (1997). «Reflexiones acerca de un nuevo instrumento societario: la Ley 4/1997, de 24 de marzo de sociedades laborales», *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 8, 194-213.
- CIVERA GARCÍA, A. (1997). «Consideraciones en torno a la nueva Ley de Sociedades laborales», *RGD*, n° 634-635, 9181-9195.
- EMBIÓ IRUJO, J. M. (1997). Prólogo a *Régimen jurídico de las Sociedades Laborales (Ley 4/1997)* (dir. ALONSO ESPINOSA, F. J.), Valencia, 11-16.
- ESCUÍN IBÁÑEZ, I. (2017). «Régimen jurídico del capital social (I). Clases de acciones y participaciones sociales», en AA.VV., *El nuevo régimen jurídico de las sociedades laborales* (dir. Andreu Martí, M. M.), Aranzadi, Pamplona, 89-108.
- FAJARDO GARCÍA, G. (2016). «Employee Financial Participation: Spain's Sociedades laborales», *Briefings for the EMPL Committee*, 2016 disponible en www.europarl.europa.eu/supporting-analyses, 16-25.
- (2008). «Aspectos societarios de la reforma de la Ley de sociedades laborales», *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa, Ciriéc*, n° 19, 141-158.
- GARCÍA RUIZ, E. (2017). «El régimen societario de las sociedades laborales en la nueva Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas», *Revesco*, n° 123, 2017, 1-30.

- (2013). «El régimen legal de las sociedades laborales sometido a revisión», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 41, 249-279.
- GÓMEZ CALERO, J. (1999). *Las sociedades laborales*, Granada,
- GÓMEZ PORRÚA, J. M. (1997). «La nueva regulación de las sociedades laborales», *DN*, nº 80, 1-30.
- JORDÁ GARCÍA, R. (2017). «Régimen jurídico del capital social (II). Modificaciones estatutarias que afectan al capital social. Régimen de autocartera», en AA.VV., *El nuevo régimen jurídico de las sociedades laborales* (dir. Andreu Martí, M. M.), Aranzadi, Pamplona, 109-134.
- LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. (1997). «La calificación laboral de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Régimen de su adquisición y pérdida», en AA.VV., *Régimen jurídico de las Sociedades Laborales (Ley 4/1997)* (dir. ALONSO ESPINOSA, F. J.), Valencia, 17-45.
- NEILA NEILA, J. M. (1998). *Sociedades Laborales. Análisis sistemático de la Ley 4/1997, de 24 de marzo*, Madrid.
- OLAVARRÍA IGLESIA (2008). «Algunos aspectos societarios de la propuesta de reforma de la Ley de sociedades laborales presentada por CONFESAL», *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa, Ciriéc*, nº 19, 173-177.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (2005). *Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca*, en *Tratado de Derecho Mercantil*, t. XII, vol. 2º, Madrid.
- PERDICES HUETO, A. (2011). «Comentario al artículo 108», en AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (coord. ROJO, A. y BELTRÁN, E.), t. I, Aranzadi, Pamplona, 2011, 893-900.
- PERDICES HUETOS, A. (2011), «Comentario al artículo 109», en AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (coord. ROJO, A. y BELTRÁN, E.), t. I, Aranzadi, Pamplona, 2011, 900-905.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. (2004). «Transmisión de acciones y participaciones en las sociedades laborales», *Revista CIRIEC-España, Revista jurídica de economía social y cooperativa*, nº 15, 57-108.
- RUIZ PERIS, I. (2002). «Breves reflexiones en materia de sociedades laborales y acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción», en AA.VV., *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, Madrid, 4367 y ss.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C. y GOÑI SEIN, J. L. y HUCHA CELADOR, F. y PERDICES HUETO, A. (2000). «Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles» (dir. URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M.), t. XV, *Sociedades Laborales (Ley 4/1997, de 24 de marzo)*, Madrid.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C. (2008). «Propuesta de reforma de la Ley de 1997 de sociedades laborales», *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa, Ciriéc*, nº 19, 179-187.
- SANTOS MARTÍNEZ, V. (2002). «Sociedades laborales: implantación y renovación de una peculiar figura societaria», en AA.VV., *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, vol. IV, 4379 y ss.
- SELVA SÁNCHEZ, L. (1996). «Consideraciones críticas acerca de la Proposición de Ley de Sociedades Laborales», *Revista Jurídica La Ley*, nº 4.113, 2 de septiembre de 1996.
- VALPUESTA GASTAMINZA y BARBERENA BELZUNCE, I. (1998). *Las sociedades laborales*, Aranzadi, Pamplona.

La extinción de la relación «laboral» del socio trabajador: causas y consecuencias

MANUEL ALEGRE NUENO¹

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València*

SUMARIO: I. LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN SOCIETARIA DE LOS SOCIOS TRABAJADORES. II. LA BAJA VOLUNTARIA DEL SOCIO TRABAJADOR. III. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS SOCIOS TRABAJADORES. 1. La expulsión del socio trabajador. IV. LA BAJA OBLIGATORIA DEL SOCIO TRABAJADOR. 1. Por pérdida de los requisitos para ser socio trabajador. 2. Por fallecimiento del socio trabajador. 3. Por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción. V. JURISDICCIÓN COMPETENTE. VI. CONSECUENCIAS DE LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN SOCIETARIA. Bibliografía.

I. LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN SOCIETARIA DE LOS SOCIOS TRABAJADORES

Como se sabe una cuestión controvertida entre la doctrina judicial y la científica ha sido el de determinar la naturaleza jurídica de la relación que une al socio trabajador con la cooperativa. Las opciones son tres: a) naturaleza societaria, b) naturaleza laboral, o, c) naturaleza híbrida (paralaboral)². Sin embargo, hoy este debate está zanjado, habiéndose pronunciado nuestro Tribunal Supremo³ a favor de la naturaleza societa-

¹ Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Economía Social, Auto-gestión y Empleo» (DER2016-78732-R) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

² Respecto del debate sobre las diferentes tesis de la naturaleza jurídica de la relación jurídica entre el socio trabajador y la Cooperativa de Trabajo Asociado, véase López Mora, F., Problemática laboral de los socios trabajadores de las empresas de Economía Social: ¿socios o trabajadores.

³ Por todas, SSTs (Social) de 13 de julio y de 23 de octubre de 2009, y de 21 de noviembre de 2011.

ria de la relación, tesis reflejada en la legislación cooperativa, tanto estatal como autonómica.

La consecuencia de tal calificación es que el régimen jurídico de la prestación de servicios del socio para la cooperativa de trabajo asociado (nacimiento, desarrollo y extinción), no se regirá por la normativa laboral, singularmente el Estatuto de los Trabajadores y el convenio colectivo, sino por la legislación cooperativa, estatal y autonómica, y por la normativa interna de la cooperativa, esto es, los estatutos sociales y el reglamento de régimen interno.

La legislación cooperativa no contempla la figura del despido, a diferencia de la normativa laboral sino que la extinción del vínculo societario se denomina «baja», distinguiéndose entre la baja voluntaria, a instancia del propio socio trabajador. Y esta, a su vez, puede ser calificada como justificada o no justificada (artículo 17 LC), y la baja obligatoria que se produce a instancia de la sociedad cooperativa. Esta última puede producirse por causas disciplinarias (como una sanción) o por otras causas no basadas en el comportamiento del socio trabajador (v.gr. por causas económicas o de producción (artículo 85 LC).

II. LA BAJA VOLUNTARIA DEL SOCIO TRABAJADOR

La baja voluntaria constituye un derecho básico que tiene reconocido todo socio trabajador de una cooperativa (artículo 16.2,f) LC), pudiéndose equiparar a la dimisión en los casos de los trabajadores asalariados, si bien es cierto que su regulación presenta ciertas particularidades.

El socio trabajador puede solicitar la baja voluntaria en cualquier momento, con el único límite de tener que preavisar a través de escrito dirigido al consejo rector de la cooperativa. Dicho preaviso ha de llevarse a cabo en el plazo fijado en los estatutos de la cooperativa, sin que, dicho plazo, pueda superar el límite máximo de un año. El incumplimiento del preaviso dará lugar a una indemnización por daños y perjuicios en favor de la cooperativa.

Comunicada la intención de causar baja voluntaria, ésta producirá efectos desde el momento en el citado órgano societario reciba dicha comunicación (artículo 17 LC). Ahora bien, los estatutos sociales puedan establecer que la baja de los socios no se produzca, sin justa causa, hasta que finalice el ejercicio económico en curso o se cumpla un plazo mínimo de

permanencia obligatoria, fijado en los propios estatutos, que no podrá exceder de cinco años.

La calificación y determinación de los efectos de la baja voluntaria es competencia del consejo rector, que podrá calificarla como justificada o injustificada, enumerando la LCCV (artículo 22.3) una serie de situaciones en la que cabe se calificará como justificada la baja voluntaria del socio trabajador. Todo socio disconforme con el acuerdo adoptado por este órgano societario, sobre calificación y efectos de su baja voluntaria, podrá impugnarlo (artículo 17 LC).

Este órgano societario comunicará en un plazo no superior a tres meses, desde la recepción de la notificación de solicitud del socio la calificación de la baja, así como los efectos que de ella se derivan, determinando, en todo caso, el porcentaje a aplicar como deducción en lo referido al capital social y a la posibilidad de aplazamiento del derecho de reembolso de las mismas. En el supuesto de que el consejo rector se excediera del plazo mencionado, la baja tendrá la consideración de justificada, a los solos efectos de liquidación y reembolso del capital social.

III. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS SOCIOS TRABAJADORES

En cuanto a las infracciones que pueden provocar la expulsión del socio trabajador por motivos disciplinarios, tanto la ley estatal como la autonómica valenciana distinguen dos regímenes disciplinarios distintos: el social y el laboral. Las infracciones sociales tienen su origen en incumplimientos de las obligaciones derivadas de la condición de socio de la persona en concreto⁴. Mientras que las infracciones laborales son aquellas que guardan relación con la actividad cooperativizada a la que se compromete el socio trabajador. Es por ello que, mientras las normas de disciplina social afectan a los socios cooperativistas de toda clase de cooperativas⁵, las rela-

⁴ La doctrina judicial ha calificado como infracción de tipo social, entre otras: la no realización de aportaciones sociales (STSJ Murcia (Social), de 25 de junio de 1992 [AS 1992/3.291]), o la inasistencia a las reuniones del órgano de administración de la CTA cuando el socio trabajador infractor ocupaba un cargo en el mismo (STSJ Aragón (Social), de 22 de marzo de 1999 [AS 1999/1.324]).

⁵ Artículo 23.2 LCCV y artículo 18 LC.

tivas a la prestación de trabajo, únicamente afectan a las cooperativas de trabajo asociado, de acuerdo con el artículo 89.6 de la LC valenciana.

En muchas ocasiones, sin embargo, la diferencia entre ambos tipos de infracciones (sociales y laborales) es difícil de establecer (v.gr. la transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza). Esta ambigüedad puede provocar problemas para identificar el orden jurisdiccional competente que debe resolver las cuestiones contenciosas que se susciten en relación a la imposición de dichas sanciones.

En relación con el régimen disciplinario «laboral», la ley estatal de cooperativas guarda silencio mientras que la ley autonómica de la Comunidad Valenciana sí dedica dos preceptos a tipificar aquellas conductas que son consideradas infracciones muy graves. Por un lado, el artículo 23.2 de la LCCV, y en relación al conjunto de socios de cualquier tipo de cooperativa, no exclusivamente para las de trabajo asociado, contiene un listado con valor de *numerus clausus*, de faltas consideradas muy graves:

a) La realización de actividades o manifestaciones que puedan perjudicar los intereses de la cooperativa, como operaciones en competencia con ella, salvo lo dispuesto en el artículo 27. e) de esta ley; o el fraude en las aportaciones u otras prestaciones debidas a la cooperativa.

b) El incumplimiento del deber de participar en la actividad económica de la cooperativa, de acuerdo con los módulos fijados en los estatutos sociales y, en su caso, en el reglamento de régimen interior.

c) El incumplimiento de la obligación de desembolsar las aportaciones a capital social.

d) El incumplimiento persistente o reiterado de las obligaciones económicas, asumidas frente a la cooperativa.

e) Prevalerse de la condición de socio o socia de la cooperativa para realizar actividades especulativas o ilícitas.

Por su parte, y sólo destinado a las cooperativas de trabajo asociado, el artículo 89.6 de la LC Valenciana también tipifica aquellas infracciones relacionadas con la actividad cooperativizada que se consideran muy graves, si bien no lo hace a través de una lista cerrada, permitiendo que cada cooperativa de trabajo asociado tipifique otras conductas en sus normas internas. Son las siguientes:

a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia, entendiéndose por tales cuando se falte más de un día al trabajo durante el periodo de un mes, sin causa justificada o la debida autorización.

b) *Las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad en el trabajo, entendiéndose por tales cuando se acumulen más de cinco faltas de puntualidad en un mes, sin que exista causa justificada, o los simples retrasos, cuando acumuladamente en dicho mes equivalgan a media jornada laboral.*

c) *La indisciplina o desobediencia a las órdenes de los superiores jerárquicos, en cualquier materia de trabajo, si de la misma se derivase quebranto manifiesto a la disciplina o perjuicio grave para la cooperativa.*

d) *Las ofensas verbales o físicas, inclusive las agresiones contra la libertad sexual, a los compañeros o compañeras de trabajo, o a los familiares que convivan con ellos o ellas, cuando por su intensidad no se considere como falta grave.*

e) *La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño de su trabajo.*

f) *La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal de su actividad laboral cooperativizada.*

g) *La embriaguez habitual o toxicomanía en el ejercicio de su actividad cooperativizada, cuando repercutiera negativamente en el trabajo, y cuando dicha actuación ocasionare quebranto importante para la cooperativa, tanto económico como de imagen.*

Este último listado de faltas debe completarse con el regulado por las propias cooperativas a través de sus normas internas (estatutos sociales y reglamento de régimen interno), habida cuenta que, como se ha indicado, el régimen sancionador legal únicamente tipifica aquellas conductas del socio trabajador, relacionadas con su prestación de trabajo, que se consideran faltas muy graves. Ahora bien, la sociedad cooperativa no debe limitarse a tipificar qué conductas de los socios trabajadores constituyen faltas disciplinarias y su graduación, sino también qué sanciones llevan aparejadas la comisión de las distintas infracciones, cuál es el plazo de prescripción de las mismas, quién ostenta la titularidad del poder disciplinario⁶, cuál es el procedimiento sancionador a seguir para la imposición de las sanciones.

⁶ La doctrina judicial ha entendido que la potestad sancionadora general corresponde en exclusiva al Consejo Rector y es indelegable. En este sentido, la STSJ Andalucía (Social) de 19 de abril de 1996 (AS 1996/1.400) declaró la nulidad del acuerdo de expulsión por infracciones de carácter laboral por no haber sido impuestas por el Consejo Rector sino por un órgano en que el primero había delegado la facultad sancionadora.

En relación con la tipificación de las infracciones disciplinarias, la cooperativa de trabajo asociado puede, en ejercicio de su facultad de autorregulación remitirse al convenio colectivo aplicable en atención a la actividad desarrollada por la misma. De no producirse tal remisión expresa a la norma convencional, ésta será aplicable, en su caso, a los trabajadores por cuenta ajena pero no a los socios trabajadores de la cooperativa⁷.

Uno de los problemas que plantea el régimen disciplinario «laboral» de los socios trabajadores versa sobre el tipo de sanciones a imponer; en concreto, si la potestad de autorregulación de las cooperativas de trabajo asociado tiene algún límite. La ley cooperativa estatal (artículo 18.4 y 5) sí establece limitaciones respecto de las sanciones que pueden imponerse ante infracciones de carácter social, pero nada dice respecto de la existencia o no de límites en relación a las infracciones relacionadas con la actividad cooperativizada de los socios trabajadores. Por su parte, la ley autonómica valenciana no contiene previsión alguna en relación a esta cuestión.

En cambio, el Estatuto de los Trabajadores (artículo 58.3) prohíbe la imposición a los trabajadores asalariados de determinados tipos de sanciones como consecuencia de la comisión de una infracción laboral. No puede sancionarse a los trabajadores con una minoración de los días de vacaciones, de los días de descanso o con la imposición de multas de haber.

Ante esta diferencia de regulación, hemos de plantearnos si la limitación recogida en las normas laborales, además de a los trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios para una cooperativa de trabajo asociado, resulta aplicable a los socios trabajadores. La respuesta a tal cuestión es la misma que la expuesta al tratar el tema de la tipificación de las infracciones, esto es, que no resulta aplicable salvo que la normativa interna de la sociedad cooperativa se remita expresamente a la legislación laboral, en este punto.

No obstante, algunos pronunciamientos de la doctrina judicial vetan la posibilidad de que las cooperativas de trabajo asociado puedan impongan multas de haber como sanción por la comisión de una infracción relacionada con la prestación de trabajo del socio trabajador, argumentando que existiría un enriquecimiento injusto en favor de la sociedad cooperativa

⁷ Por todas, STSJ (Social) Comunidad Valenciana, de 14 de mayo de 2013 (rec. núm. 708/2013).

al no abonar el anticipo societario en contraprestación a la prestación de trabajo realizada por el socio trabajador⁸.

Por lo que respecta a la prescripción de las infracciones, las infracciones sociales tienen un régimen distinto a las laborales. El legislador cooperativo, tanto estatal como autonómico, sí ha establecido los plazos de prescripción de las faltas sociales pero no las de las infracciones laborales. Por ello, también habrá que estar a los plazos que se establezcan en la normativa interna de la cooperativa sin que ésta venga obligada a reproducir la regulación contenida en la legislación laboral (artículo 60.2 ET o convenios colectivos).

Los problemas surgen cuando los estatutos sociales o el reglamento de régimen interno de una sociedad cooperativa no fija los plazos de prescripción de las infracciones relacionadas con la actividad cooperativizada de sus socios trabajadores. En estos casos, la jurisprudencia ha descartado la aplicación de los plazos de prescripción recogidos en la legislación cooperativa para las infracciones de carácter social (artículo 18.2 LC y 23.4 LCCV) y se han inclinado por los plazos recogidos en el Estatuto de los Trabajadores (artículo 60.2)⁹.

A falta de regulación expresa en las normas internas de la cooperativa, los tribunales aplican la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al cómputo de los plazos de prescripción recogidos en el artículo 60 ET, conforme a la cual, el *dies a quo* del cómputo de los plazos de prescripción será aquel en que la infracción se hubiera cometido. En el caso de faltas continuadas, el cómputo de la prescripción se iniciará en el momento en que la última conducta tipificada se haya cometido.

En cambio, en los supuestos de faltas clandestinas, el plazo de prescripción de las mismas no comenzará hasta el momento en que la cooperativa de trabajo asociado tenga conocimiento certero —no indiciario— de que la infracción laboral se ha cometido¹⁰. Como el conocimiento fehaciente de la comisión de una infracción vinculada a la prestación laboral del socio únicamente se alcanza con la tramitación de un expediente disciplinario, su incoación interrumpirá el cómputo de los plazos de prescripción de las faltas por el tiempo que dure su tramitación, siempre que ésta sea razonable.

⁸ Vid. STSJ Madrid (Social), de 24 de mayo de 1994 (AS 1994/2010).

⁹ STS (Social) de 19 de mayo de 1987.

¹⁰ STSJ País Vasco (Social), de 24 de noviembre de 1998 (AS 1998/4.988).

1. La expulsión del socio trabajador

Como ya se ha indicado en el apartado anterior, las cooperativas de trabajo asociado tienen plena libertad para regular en su normativa interna el régimen disciplinario salvo en lo relativo a la expulsión del socio trabajador por motivos disciplinarios. Esta excepción encuentra su justificación en la gravedad de dicha sanción, que sólo podrá imponerse por la comisión de una falta muy grave e implica la pérdida de la condición de socio y la cesación de la prestación de servicios para la sociedad cooperativa (artículos 80.3 LC y 89.7 LCCV).

Ahora bien, la regulación de la sanción de expulsión, tanto en la ley estatal como en la autonómica valenciana, se refiere a la comisión de infracciones sociales pero no hay previsión para las derivadas de la actividad cooperativizada de los socios trabajadores, si bien se aboga por extender la aplicación el régimen social a las infracciones laborales.

En cualquier caso, la expulsión de un socio trabajador no puede ser calificado como un despido disciplinario porque tal institución no existe en el ámbito cooperativo dada la naturaleza societaria del vínculo del socio trabajador con la cooperativa de trabajo asociado¹¹. Por consiguiente, la expulsión no se hará efectiva a través de los trámites y formalidades que deben realizarse para despedir disciplinariamente a los trabajadores por cuenta ajena.

Sin embargo, la expulsión del socio trabajador sí exige la tramitación, por parte de la cooperativa de trabajo asociado, de un procedimiento específico previsto legalmente, que la sociedad cooperativa no puede modificar ni sustituir por otro análogo previsto en su normativa interna. En caso de que así se haga, el acuerdo de expulsión del socio trabajador será calificado como nulo.

A pesar de que ni la legislación cooperativa estatal ni la autonómica valenciana contienen una regulación del expediente sancionador para las infracciones derivadas de la prestación de servicios del socio trabajador, la doctrina judicial defiende la extensión de las garantías procedimentales previstas para las infracciones sociales a las faltas laborales que lleven apa-

¹¹ STSJ (Social) Andalucía de 31 de marzo de 2008. En contra, STSJ (Social) Aragón, de 30 de septiembre de 2002 (AS 2002/2.786).

rejada la sanción de expulsión del socio trabajador, con fundamento en la habitual conexión que existe entre las infracciones sociales y las laborales¹².

La competencia para acordar la expulsión de un socio trabajador corresponde, en exclusiva, al consejo rector de la cooperativa, que deberá incoar, tramitar y resolver el correspondiente expediente sancionador, siendo una competencia indelegable. Por tal motivo, los tribunales han declarado nulo el acuerdo de expulsión de un socio trabajador adoptado por un órgano societario distinto al consejo rector por considerarlo incompetente para acordar una expulsión disciplinaria¹³. Esta competencia exclusiva del consejo rector supone una diferencia respecto de la imposición de otras sanciones disciplinarias menos graves, respecto a las cuales, la potestad sancionadora sí es delegable.

No determina la normativa cooperativa los trámites (nombramiento de instructor o formalización del pliego de cargos) que integran el expediente de expulsión del socio trabajador como consecuencia de la comisión de infracciones laborales, por lo habrá que estar a lo previsto en los estatutos sociales o reglamento interno de las cooperativas, tanto para su tramitación como en relación al plazo máximo para su resolución. Sin embargo, la falta de regulación de estos trámites en la normativa interna no invalidará el expediente de expulsión¹⁴.

No faltan, en cambio, pronunciamientos en la doctrina judicial que exigen el cumplimiento de una serie de requisitos formales, a la hora de tramitar un expediente de expulsión de los socios trabajadores, tales como el nombramiento de un instructor y un secretario, la formalización del pliego de cargos o la práctica de diligencias probatorias¹⁵.

La incoación del expediente de expulsión interrumpirá el plazo de prescripción de la infracción a sancionar, por el tiempo máximo en que debe resolverse dicho expediente por parte del consejo rector, plazo que debe fijarse en la normativa interna de la cooperativa, ante la ausencia de regulación en la legislación cooperativa.

¹² En este sentido: SSTSJ (Social) País Vasco, de 9 de enero de 2001 (AS 2001/1.093); Castilla y León, de 15 de marzo de 1999 (AS 1999/635); Comunidad Valenciana, de 5 de abril de 2001 (AS 2001/2.047), Madrid, de 20 de marzo de 2001 (AS 2001/1.771) y Galicia, de 23 de junio de 2001 (AS 2001/1.709).

¹³ STSJ Andalucía de 6 de febrero 2007 (JUR 2007/127258).

¹⁴ SSTSJ Castilla-León (Social), de 2 de febrero de 1998 (AS 1998/139).

¹⁵ STSJ Andalucía (Social), de 9 de febrero de 1993 (AS 1993/687).

Transcurrido el plazo de tramitación del expediente sin que haya sido resuelto, la prescripción de la infracción se reanuda y, en caso de que se acuerde la expulsión del socio trabajador, dicha sanción será calificada como nula por los tribunales¹⁶.

Finalizada su tramitación, el expediente puede terminar con su sobreseimiento o con un acuerdo de expulsión del socio trabajador. Independientemente de cuál sea su resultado, la resolución debe notificarse por escrito al socio trabajador interesado. Esta notificación contendrá los hechos constitutivos de la infracción y, en su caso, la fecha de efectos de la expulsión, si bien la exhaustividad y concreción exigida en la descripción de los hechos sancionados no es la misma que la requerida en la redacción del pliego de cargos. De este modo, el consejo rector puede optar por reproducir en su resolución los hechos pormenorizadamente, o remitirse al pliego de cargos obrante en el expediente de expulsión¹⁷.

Si el consejo rector decide anular la expulsión propuesta, el socio trabajador seguirá desempeñando su prestación laboral, pero si acuerda ratificar la sanción el socio podrá recurrir ante el comité de recursos o ante la asamblea general, en caso que la cooperativa no cuente con dicho comité, en un plazo de un mes a contar desde que le notifiquen la resolución del expediente. Dicho plazo es el previsto para la impugnación de la expulsión derivada de la comisión de una infracción de las obligaciones societarias. Por ello, si la normativa interna de la cooperativa de trabajo asociado fija-se un plazo para la interposición del recurso más amplio, se estará a este último.

En caso de que el recurso se presente ante el comité de recursos, el plazo máximo para su resolución es de dos meses, entendiéndose estimado si ha transcurrido dicho plazo sin haberse dictado resolución expresa. En cambio, si el órgano societario encargado de la resolución del recurso es la asamblea general, el recurso deberá ser resuelto en la primera asamblea que se convoque. Una vez transcurrido el referido plazo sin haber adoptado una decisión sobre el recurso, se entenderá que la resolución de este es favorable al socio trabajador y, por tanto, su expulsión quedará revocada.

En caso de acordarse la expulsión del socio trabajador, dicha resolución sólo será ejecutiva cuando alcance firmeza, bien porque no se recurra en plazo, bien porque el comité de recursos o la asamblea general ratifiquen

¹⁶ STSJ Canarias (Social), de 31 de diciembre de 1992 (AS 1992/6.074).

¹⁷ SSTs de 2 de noviembre de 1989, 9 de abril de 1990 y 5 de julio de 1990.

la decisión del consejo rector, desestimando el recurso interpuesto por el socio trabajador. No obstante, el consejo rector puede acordar suspender, cautelarmente, al socio trabajador en su empleo hasta que la resolución alcance firmeza, aunque no le puede privar de sus derechos económicos, de voto y de información.

La inejecutividad automática del acuerdo de expulsión es una característica que diferencia esta sanción de otras de menor intensidad que, una vez acordadas, sí son inmediatamente ejecutivas (artículo 82 LC).

En cualquier caso, la desestimación el recurso interpuesto por el socio trabajador agota la vía cooperativa interna, pudiendo acudir, a partir de ese momento, a la vía judicial.

IV. LA BAJA OBLIGATORIA DEL SOCIO TRABAJADOR

El régimen de bajas de las cooperativas de trabajo asociado se inspira en el principio cooperativo de «puertas abiertas» tanto de entrada como de salida de la sociedad cooperativa. Además de la baja voluntaria, que solicita el propio socio trabajador, otra de las vías por las que el socio trabajador puede ver extinguida su relación societaria con la cooperativa es la baja forzosa, que se producirá a iniciativa de la cooperativa, pero por motivos no disciplinarios.

Al igual que sucede con el régimen sancionador, las normas cooperativas prevén causas de baja obligatoria de carácter social —aplicables a toda clase de cooperativas— y otras de carácter laboral, que sólo resultan aplicables a las cooperativas de trabajo asociado. Veámoslas.

1. Por pérdida de los requisitos para ser socio trabajador

La primera de las causas que da lugar a la baja obligatoria del socio trabajador es la «pérdida de los requisitos para ser socio de la cooperativa de trabajo asociado, de conformidad con lo dispuesto por la ley o los estatutos sociales» (artículos 17.5 LC y 22.4 LCCV).

La normativa interna de la cooperativa puede detallar los requisitos —más allá de los requeridos legalmente— que debe reunir una persona para obtener y mantener la condición de socio trabajador. En relación a esta facultad de autorregulación, se ha planteado la cuestión de si un reglamento de régimen interno es una norma hábil para imponer requisitos adicionales a los legales, cuando los estatutos sociales no lo hacen. El Tribunal

Supremo resolvió la duda en sentido positivo, confirmando la validez de esta regulación en el reglamento de régimen interno¹⁸.

Pueden instar la baja obligatoria, además del propio interesado, otro socio trabajador, el consejo rector u otro órgano societario de la cooperativa. La competencia para su declaración corresponde al consejo rector, previa audiencia del interesado, si bien el acuerdo no será firme hasta que no sea ratificado por el comité de recursos o, en su defecto, por la asamblea general, sin perjuicio del derecho del socio trabajador a pueda impugnar judicialmente dicha resolución, si la considera no ajustada a Derecho.

Ahora bien, ¿cuándo se puede entender que un socio ha perdido los requisitos para serlo? La mera declaración por los servicios médicos de una cooperativa de un «no apto» para el desempeño de la prestación habitual del socio trabajador no es, por ejemplo, causa suficiente para que éste cause baja obligatoria. Sin embargo, sí podría declararse como obligatoria la baja de aquel socio que tenga reconocida una incapacidad permanente, en sus grados de total, absoluta o gran invalidez, pues la voluntad del legislador ha sido la de suprimir para los socios trabajadores el derecho a la reserva de puesto cuando el INSS reconoce una incapacidad permanente total revisable, de modo que si en dicho supuesto se puede proceder a la baja obligatoria, con mayor razón se procederá a la baja del socio trabajador cuando ésta haya sido declarado en situación de incapacidad permanente total no revisable, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

2. Por fallecimiento del socio trabajador

La muerte de la persona del socio trabajador determinará la extinción de la relación societaria, dado el carácter personalísimo de la actividad cooperativizada.

Si bien es cierto, surgen una serie de cuestiones ligadas al fallecimiento del socio, ello en relación a la posible «transmisión» de la condición misma de socio trabajador. En este sentido, la LCCV establece que pueden adquirir la condición de socios los herederos que lo soliciten y tengan derecho al ingreso en la cooperativa, de acuerdo con lo previsto en los estatutos sociales y en la propia ley de cooperativas. Se otorga de esta forma cierta ventaja a los causahabientes del socio trabajador fallecido,

¹⁸ STS 1 de junio de 2004.

en aras al ingreso bajo dicha condición en la sociedad cooperativa porque, además la norma prevé que quienes ingresen en la misma a través de este vínculo, no quedarán obligados al desembolso de ninguna cuota de ingreso. Asimismo, se contempla el reparto entre los herederos de las aportaciones del causante.

Ahora bien, si el heredero no está interesado en ingresar en la sociedad cooperativa podrá igualmente exigir la liquidación, sin deducciones, de las aportaciones que le correspondan.

3. Por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción

Otro de los supuestos por el que procede la baja obligatoria de los socios trabajadores viene determinado por la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y en caso de fuerza mayor. Este tipo de baja obligatoria tiene como objetivo asegurar la viabilidad de la cooperativa a través de la reducción, con carácter definitivo, de puestos de trabajo.

La legislación cooperativa, al prever esta clase de baja, no proporciona una definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y de la redacción del precepto que las regula (artículo 85.1 LC) tampoco parece que puedan equipararse a las causas previstas en la legislación laboral para justificar el despido objetivo (artículo 51 ET). La legislación cooperativa establece un nivel de exigencia superior al de la legislación laboral: la baja del socio trabajador sólo se podrá decidir cuando sea «necesaria» para mantener «la viabilidad empresarial» de la cooperativa.

En consecuencia, esta baja obligatoria constituye una institución específica del ámbito cooperativo, que cuenta con un régimen jurídico propio sin conexión con la legislación laboral¹⁹. De este modo, la interpretación de las causas ha de realizarse según las peculiaridades propias de las sociedades cooperativas, singularmente, que el fin último de toda cooperativa de trabajo asociado es el autoempleo de sus socios trabajadores²⁰. No faltan, sin embargo, pronunciamientos judiciales en los que el tribunal ha

¹⁹ SSTSJ de Madrid, de 3 de febrero de 2014 y de 8 de mayo de 2013 (JUR 2014/58717).

²⁰ SSTSJ (Social) de la Comunidad Valenciana, de 3 de noviembre de 2010 (rec. núm. 2.316/2010); de Extremadura, de 8 de julio de 2014 o de Castilla y León, de 16 de mayo de 2012 (AS 2012/1.744).

interpretado la concurrencia de estas causas siguiendo la jurisprudencia elaborada en torno al artículo 51 ET²¹.

Un ejemplo de esta controversia la encontramos en la valoración de las causas económicas, en aquellos supuestos en los que el volumen de pérdidas de la cooperativa es muy elevado en relación a su actividad económica. La controversia consiste en aclarar si para poder declarar la existencia de causa económica que justifique las bajas obligatorias de los socios trabajadores es necesario que el consejo rector haya imputado, previamente, las pérdidas cooperativas a los socios.

La doctrina judicial sostiene que no debe confundirse la situación económica negativa de la sociedad cooperativa, como persona jurídica, con la imputación de las pérdidas vinculadas a la actividad cooperativa, pues ello imposibilitaría a las cooperativas de trabajo asociado acogerse a este régimen de bajas obligatorias²².

Por lo que respecta al procedimiento para llevar a efecto bajas obligatorias de los socios trabajadores por estas causas (económicas, técnicas, organizativas o de producción), será la asamblea general o el consejo rector a quien se atribuye la competencia para determinar si concurre alguna de las citadas causas para justificar las bajas obligatorias y para determinar, en su caso, el número de bajas y la identidad de los socios trabajadores que verán extinguida su relación con la cooperativa.

A estos efectos, no se exige al órgano societario competente la fijación de unos criterios de selección de los socios trabajadores que vayan a causar baja obligatoria en la cooperativa, a diferencia de lo que exige la legislación laboral para la extinción colectiva de los contratos de trabajo.

No prevé la legislación cooperativa, ni la estatal ni la autonómica, las mayorías requeridas para la aprobación, por parte de la Asamblea General, del acuerdo que declare la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y las extinciones contractuales de un determinado número de socios trabajadores.

La baja obligatoria por las causas indicadas puede afectar a varios socios trabajadores, por lo que surge la duda de si las cooperativas de trabajo asociado den tramitar un expediente de regulación de empleo que sea aprobado por la Autoridad Laboral, cuando el acuerdo las bajas afecten a

²¹ Por todas, STSJ (Social) de Extremadura, de 8 de julio de 2014

²² Ibidem.

un determinado número de socios trabajadores, como se exigía antes de la reforma laboral de 2012 (Ley 3/2012) para los despidos colectivo de los trabajadores por cuenta ajena y que, en la actualidad, se ha suprimido.

La jurisprudencia, de forma pacífica, defiende que, independientemente del número de socios trabajadores que causen baja obligatoria en la cooperativa, no estamos ante un despido colectivo sino ante una decisión de la asamblea general o del consejo rector, basada en las causas legalmente tasadas, que acuerda la extinción de la relación societaria de una parte o la totalidad de los socios trabajadores, por lo que no se requiere la tramitación de un expediente de regulación de empleo ni de la preceptiva autorización de la autoridad laboral²³.

Esta tesis no se contradice con la exigencia recogida en el Real Decreto 1043/1985, de 19 de junio, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, que para percibir dicha prestación social requiere que la Administración constataste la concurrencia efectiva de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción aducidas por la cooperativa de trabajo asociado para justificar la extinción contractual de los socios trabajadores. En consecuencia, la exigencia contemplada en la normativa específica sobre desempleo está vigente, porque la reforma de la legislación laboral no le ha afectado, y sigue siendo exigible la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, independientemente del número de socios trabajadores afectados por la extinción contractual, para que la Autoridad Laboral compruebe que concurren las causas alegadas por la cooperativa para acometer las bajas obligatorias, con la finalidad de que el o los socios trabajadores afectados puedan acceder a la prestación por desempleo.

V. JURISDICCIÓN COMPETENTE

Una vez agotados todos los recursos ante los órganos societarios, el socio trabajador que vea extinguida su relación societaria por causas relacionadas con la actividad cooperativizada, podrá recurrir a los tribunales del orden jurisdiccional social, que es el competente para conocer de los litigios que surjan entre las cooperativas de trabajo asociado y sus socios trabajadores, como consecuencia de la prestación de trabajo (artículo 2, c) LRJS).

²³ STS (Social) de 16 de mayo de 2005 (rec. núm. 3943/2003).

Las cláusulas de sometimiento al arbitraje cooperativo para resolver las controversias que puedan surgir entre el socio trabajador y la cooperativa de trabajo asociado, recogida en los estatutos de la cooperativa, no impiden al socio acudir directamente a la jurisdicción competente para impugnar la decisión extintiva de la cooperativa sin someterse, previamente, al arbitraje cooperativo²⁴.

Las controversias derivadas de la expulsión disciplinaria o de la baja obligatoria por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se tramitarán a través de la modalidad procesal especial de despido (artículos 103 a 113 LRJS). La cuestión a dilucidar es si, con carácter previo a la interposición de su demanda, el socio trabajador viene obligado a instar la conciliación o mediación extrajudicial, ante el órgano administrativo o convencional competente, que constituye un requisito preprocesal obligatorio para tramitar el proceso judicial por despido (artículo 63 LRJS). La jurisprudencia se ha manifestado, unánimemente, a favor de la innecesariedad de este trámite extrajudicial, habida cuenta que la existencia de mecanismos dentro de la cooperativa de trabajo asociado para recurrir los acuerdos de los órganos societarios, ya cumplen la función de intentar una solución extrajudicial del conflicto, y son obligatorios como trámite previo para acudir a la vía judicial (artículo 87.2 LC). Por consiguiente, el intento de conciliación preprocesal ante el órgano mediador o conciliador competente, no suspenderá el cómputo del plazo para ejercitar la acción por despido²⁵.

Como analizaremos seguidamente, la extinción del vínculo societario activa el derecho del socio trabajador al a obtener el reembolso de sus aportaciones al capital social y al retorno cooperativo. El problema surge a la hora de determinar el orden jurisdiccional competente al que tendrá que acudir el socio trabajador, si se ve obligado a reclamar judicialmente el reembolso de sus aportaciones.

La derogada Ley de Cooperativas de 1987, en su artículo 125, atribuía al orden social de la jurisdicción el conocimiento de todas las cuestiones contenciosas que se suscitaban entre las cooperativas de trabajo asociado y sus socios trabajadores, por tal condición, enumerando entre las posibles cuestiones contenciosas, las relativas a los reembolsos y reintegros derivados del cese. Por el contrario, la vigente Ley de Cooperativas (artículo 87) mantiene la competencia del orden social de la jurisdicción para resolver

²⁴ SSTs de 11 de octubre de 2004 (rec. núm. 486/2004) y de 3 de febrero de 2005.

²⁵ Por todas, STS (Social) de 15 de noviembre de 2005 (rec. núm. 3717/2004).

todas las cuestiones contenciosas que se susciten entre las cooperativas de trabajo asociado y el socio trabajador, pero únicamente para los conflictos derivados de la prestación de trabajo, atribuyendo, por el contrario, al orden jurisdiccional civil, la competencia para resolver los litigios no basados en la prestación del trabajo o sus efectos. Es más, la LC ya no contiene una referencia expresa, entre las cuestiones que son competencia de los Tribunales sociales, a las reclamaciones de los reembolsos derivados del cese en la cooperativa. En la misma línea se manifiesta, como hemos visto, la LRJS (artículo 2, c)).

Por su parte, la jurisprudencia²⁶ ya ha manifestado que el reembolso de las aportaciones de capital, así como las cantidades abonadas para ser admitido como miembro de la cooperativa, son cuestiones que no afectan a la prestación de trabajo del socio trabajador, y, en consecuencia, la competencia para conocer de las reclamaciones dirigidas a obtener el reembolso de las aportaciones efectuadas por el socio trabajador a la cooperativa, aunque dicha reclamación traiga su causa en un cese relacionado con la prestación laboral, corresponde al orden civil de la jurisdicción.

VI. CONSECUENCIAS DE LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN SOCIETARIA

Los órganos judiciales del orden social de la jurisdicción deben resolver las controversias derivadas de la extinción de la relación societaria por causa relacionadas con la prestación laboral, aplicando la legislación cooperativa autonómica y estatal, los Estatutos sociales y, en su caso, el Reglamento de Régimen Interno, los acuerdos sociales adoptados en el seno de la cooperativa de trabajo asociado, de acuerdo con la legalidad vigente y los principios cooperativos (artículo 87.1 LC), y, con carácter supletorio, aplicarán analógicamente la legislación laboral²⁷.

Sin embargo, ya hemos señalado que las impugnaciones judiciales de los ceses de los socios trabajadores en las cooperativas de trabajo asociado, relacionados con la actividad cooperativizada se tramitarán, por los juzgados de lo social, a través de la modalidad procesal de despido. Ello tiene como consecuencia que el juzgador deberá calificar la extinción de

²⁶ SSTS (Social) de 20 de noviembre de 2006 (rec. núm. 4.176/2005) y de 21 de noviembre de 2011 (rec. núm. 4.419/2010).

²⁷ STS (Social) de 19 de mayo de 1987.

la relación societaria como procedente, improcedente o nula, tal y como le imponen los artículos 108 LRJS y 122 LRJS, este último precepto para las bajas obligatorias por causas objetivas. Si la declara procedente, la decisión extintiva de la cooperativa quedará convalidada y el socio trabajador no tendrá derecho a ningún tipo de indemnización (artículo 109 LRJS).

Hemos de recordar que la calificación judicial de procedencia o improcedencia de la baja obligatoria por causas objetivas queda condicionada a que la cooperativa acredite la concurrencia de alguna de las causas legales, tal y como he explicado en los apartados anteriores.

De otro lado, se ha planteado la duda de si para las bajas obligatorias por causas técnicas, organizativas, económicas o de producción, la cooperativa viene obligada a poner a disposición del socio trabajador la indemnización prevista por la legislación laboral para el despido objetivo de los trabajadores por cuenta ajena (artículo 53.1, b) ET). La respuesta judicial a esta cuestión ha sido negativa, argumentando que de no mediar recepción expresa en la legislación autonómica o en los estatutos sociales de la regulación de los despidos objetivos contenida en el Estatuto de los Trabajadores²⁸, los socios trabajadores no tienen derecho a dicha indemnización dada la naturaleza societaria del vínculo que les une a la cooperativa y la exclusión de la normativa laboral como fuente de esta relación²⁹.

Si la expulsión por motivos disciplinarios o la baja obligatoria del socio trabajador fuera calificada como improcedente, el consejo rector de la cooperativa podrá optar entre readmitir al socio trabajador, reponiéndole en la situación anterior a producirse su cese, o a abonarle la indemnización prevista para los trabajadores por cuenta ajena (artículos 110 y 123 LRJS).

En caso de optar por la readmisión, el socio trabajador no tendrá derecho a los denominados «salarios de tramitación», como sí prevé la normativa laboral para los trabajadores por cuenta ajena. Ello se debe a que los anticipos societarios que perciben los socios trabajadores no poseen naturaleza salarial habida cuenta que su relación con la cooperativa de

²⁸ STSJ (Social) País Vasco, de 30 de octubre de 2012.

²⁹ STS (Social) de 7 de julio de 1993 (rec. núm. 1.094/1992). En la doctrina judicial, SSTSJ (Social) de Galicia, de 17 de octubre de 2008, de Murcia, de 26 de mayo de 2.014, y de Madrid, de 3 de febrero de 2014. En contra, reconociendo el derecho a la indemnización prevista en el artículo 53.1,b) ET: SSTSJ (Social) de Asturias, de 26 de junio de 1998, de Galicia, de 26 de noviembre de 1999, y de Andalucía, de 28 de enero de 2000.

trabajo asociado no es laboral sino societaria³⁰. En cambio, algún pronunciamiento aislado de los Tribunales Superiores de Justicia ha reconocido el derecho a dichos salarios, argumentando que no existe impedimento alguno para aplicar analógicamente del Estatuto de los Trabajadores en este punto, al igual que se hace para declarar el derecho a la indemnización prevista en dicha norma³¹.

En cuanto a los parámetros de cálculo, se entenderá que «salario» equivale a la cuantía de los anticipos societarios percibidos por el socio trabajador. Así se recoge, por ejemplo, en el artículo 89.9 LCCV. Existen, sin embargo, pronunciamientos de la doctrina judicial que han admitido que el importe de la indemnización puede no ajustarse a los parámetros del Estatuto de los Trabajadores³².

Procederá la declaración judicial de nulidad cuando la expulsión o la baja obligatoria del socio trabajador se haya producido por alguna de las causas previstas, respectivamente, en el artículo 108.2, para los ceses por motivos disciplinarios, y el artículo 122.2 LRJS, para las bajas por causas objetivas. Por su parte, la LCCV (artículo 89.9) prevé como causa de nulidad de la decisión extintiva adoptada por la sociedad cooperativa, que ésta contravenga una «norma cooperativa».

La calificación como nulo de la extinción de la relación societaria tiene como consecuencia, conforme a lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores y los preceptos indicados de la ley procesal laboral, la readmisión obligatoria del socio y el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha en que el cese en la cooperativa sea efectiva hasta que se produzca la reincorporación, consecuencia esta última que no resulta aplicable a los socios trabajadores por las razones expuestas anteriormente.

En cambio, la LCCV prevé que cuando la declaración de nulidad se produzca porque el acuerdo de expulsión haya vulnerado una norma cooperativa, el consejo rector de la cooperativa podrá optar entre readmitir al socio trabajador o indemnizarle, salvo que se declare la existencia de vulneración de un derecho fundamental de éste, en cuyo caso el derecho de opción referido corresponde al socio trabajador (artículo 89.9). Esta regulación específica supone que para determinar las consecuencias derivadas de una declaración de nulidad del cese de un socio trabajador

³⁰ STS (Social) de 23 de octubre de 2009 (rec. núm. 822/2009).

³¹ SSTSJ País Vasco, de 15 de abril de 2014 y de Andalucía de 22 de mayo de 2014.

³² STSJ (Social) de Castilla-León, de 15 de marzo de 1999 (AS 1999/45).

de una cooperativa de trabajo asociado radicada en la Comunidad Valenciana, habrá que combinar la regulación contenida en el citado artículo 89.9 LCCV con la recogida en los indicados artículos 108.2 y 122.2 LRJS, en función de la causa que determine la nulidad de la extinción del vínculo societario.

Por otro lado, el socio trabajador que cese, voluntaria o involuntariamente, en la cooperativa tiene derecho al reembolso de las aportaciones que haya realizado al capital social, si bien las condiciones del reintegro deben estar fijadas en los estatutos de la cooperativa, con sujeción a los límites establecidos en la LC, y que son los siguientes: 1º) la liquidación de las aportaciones se debe hacer según el balance de cierre del ejercicio en el que se produzca la baja, con las posibles deducciones contempladas en los apartados 2 y 3 del artículo 51; 2º) el plazo de reembolso no podrá exceder de cinco años a partir de la fecha de la baja y 3º) las cantidades pendientes de reembolso no serán susceptibles de actualización pero darán derecho a percibir el interés legal del dinero.

Las cantidades sobre las que opera el reembolso son las aportaciones obligatorias, que son susceptibles de ser actualizadas, y las aportaciones voluntarias en los términos fijados en el acuerdo de emisión. No se tiene en cuenta, a efectos de la valoración de las aportaciones del socio, el patrimonio de la cooperativa en el momento en que tenga lugar la baja del socio trabajador.

De este modo, de las aportaciones obligatorias realizadas por el socio, la cooperativa de trabajo asociado deberá deducir los créditos y las deudas que el socio mantenga con la cooperativa. Esta liquidación se practicará con efectos al cierre del ejercicio social en se efectúe la baja. Desde la aprobación de las cuentas del ejercicio, la sociedad cooperativa cuenta con un plazo de dos meses para comunicar la liquidación del reembolso al socio trabajador interesado, y el plazo del abono de la cantidad objeto del reembolso.

Respecto de las obligaciones voluntarias habrá que estar a lo dispuesto en el acuerdo de emisión respecto de las condiciones de su reembolso. Así, salvo que este acuerdo disponga otra cosa, se deberán abonar en el momento en que la baja surta efectos.

Independientemente de lo anterior, los socios trabajadores tendrán derecho a percibir anualmente el interés legal del dinero de las cantidades pendientes de reembolso.

El régimen en todos los supuestos es similar diferenciándose en cada caso, fundamentalmente, en la posibilidad de deducir un porcentaje de la cantidad a reembolsar —a modo de penalización—, y el plazo en que la devolución de las aportaciones se tiene que hacer efectiva.

En el caso de la baja obligatoria, la legislación cooperativa, con la finalidad de no perjudicar al socio trabajador, establece que éste tiene derecho a la devolución de sus aportaciones voluntarias al capital social con carácter inmediato —de no disponerse otra previsión en el acuerdo de emisión o transformación—, y las obligatorias, periodificada mensualmente en el plazo de 1 año a contar desde la fecha de cierre del ejercicio social en que se produjo la baja obligatoria.

Por tanto, la obligación de reembolso constituye una obligación sometida a plazo, de modo que el socio con derecho al reintegro de sus aportaciones no podrá reclamarlas judicialmente en tanto no haya transcurrido el plazo previsto en los estatutos de la cooperativa o, en su defecto, los fijados legalmente.

Transcurridos el plazo máximo para proceder al reembolso, el problema que surge estriba en conocer qué plazo posee el socio trabajador para poder reclamar judicialmente la devolución de sus aportaciones, si la cooperativa de trabajo asociado no se las ha reembolsado.

En relación a esta cuestión, debe resaltarse que la vigente Ley de Cooperativas (como tampoco lo hacía su antecesora) no contiene regulación específica sobre esta cuestión, generando un problema de inseguridad jurídica para todo socio trabajador que extingue su vínculo con una cooperativa, pues desconocen el plazo que tienen para poder reclamar el reintegro de sus aportaciones.

A falta de regulación sobre la materia, resulta obligado acudir a las normas generales para poder cubrir esta laguna normativa. Llegados a este punto, nos topamos con un nuevo problema: para reclamaciones frente a una cooperativa de trabajo asociado, ¿qué constituye norma general en materia de prescripción de acciones?: la contenida en el Código de Comercio o en el Código Civil. El problema no es baladí, pues ambos bloques normativos fijan distintos plazos de prescripción para el ejercicio de acciones judiciales. Así, mientras el Código de Comercio fija en tres años el plazo que tiene todo socio para reclamar frente a la sociedad, en los supuestos de separación, exclusión o disolución de la sociedad (artículo 947 C.co.), el Código Civil cifra en cinco años el plazo para poder ejercitar las acciones personales que no tengan señalado término especial (artículo 1964 C.c.).

Si bien no existe una opinión unánime en torno al plazo que resultará aplicable, no se puede desconocer que hasta el momento, nuestros Tribunales vienen aplicando el plazo de prescripción previsto en el artículo 1964 C.c., basando tal conclusión en el carácter personal de la reclamación y en la inexistencia de un plazo específico para el ejercicio de la acción para exigir el reembolso³³.

Sin embargo, en el momento presente la citada doctrina jurisprudencial puede encontrarse con un nuevo escollo, ya que la Ley de Cooperativas (artículo 80) declara que la relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria, declaración que podría justificar una remisión al plazo previsto en el citado artículo 947 C.co., precepto que, como se ha señalado, regula el plazo para ejercitar acciones por parte de los socios contra la sociedad, antes que acudir al C.c. En cualquier caso, y mientras no exista algún otro pronunciamiento de nuestros Tribunales al respecto, habrá que concluir, siguiendo la doctrina jurisprudencial, que el socio trabajador dispone de un plazo de cinco años para reclamar a la cooperativa la devolución de sus aportaciones al capital social, plazo que empezará a computarse una vez haya transcurrido el plazo fijado en los estatutos, o el máximo de cinco años, para que la cooperativa reembolse las aportaciones.

Por último, ni la norma estatal o autonómica, garantizan en ningún momento el posible y ulterior derecho de reingreso del socio una vez que la cooperativa hubiera superado la situación crítica que justificó la baja del socio, pero tampoco lo prohíbe, de forma que si los estatutos sociales o la asamblea general así lo acuerdan, nada impide que dicha medida pueda aplicarse.

Bibliografía

- ALEGRE NUENO, M. (2016). «La relación entre cooperativo de trabajo asociado y socio: problemática planteada». En: FAJARDO GARCÍA, G (coord.) *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- COSTAS COMESAÑA, J. (2013). «Cooperativas de trabajo asociado». En: *Tratado de derecho de cooperativas*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M.(2005). «La discriminación del trabajo cooperativizado». *CI-RIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* n.º 52/2005.
- GARCÍA PAREDES, M. L. (2009). «Cooperativas de trabajo asociado: despido. Salarios de tramitación». *Actualidad Laboral*, n.º 2, Sección Sentencias Ejemplares. Quinceña del 16 al 31 de enero de 2010, Ed. La Ley (LA LEY 20912/2009).

³³ SSTS de 22 de julio y de 12 de abril de 1994.

- GONDRA ELGEZABAL, G. (2013). «Despido libre y gratuito de los socios trabajadores; comentarios a la Sentencia 2609/12 del TSJPV (Sala de lo Social)». *Revista vasca de economía social*, núm. 9.
- LÓPEZ GANDÍA, J. (2006). *Las Cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- LÓPEZ MORA, F. (1999). «Problemática laboral de los socios trabajadores de las empresas de Economía Social: ¿socios o trabajadores?». *CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa*.
- MORGADO PANADERO, P. (2002). «El régimen laboral y de Seguridad Social de los socios trabajadores en las cooperativas de trabajo asociado», *Actualidad Laboral*, n.º 28, Sección Doctrina, Semana del 8 al 14 de julio de 2002, Ed. La Ley (LA LEY 2211/2002).

*Modificación de capital y derecho de preferencia en las sociedades laborales*¹

MARÍA JOSÉ VAÑÓ VAÑÓ

Profesora Titular de Universidad

Departamento de Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont»

Investigadora IUDESCOOP

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REQUISITOS BÁSICOS DE LA MODIFICACIÓN DE CAPITAL. III. COMPETENCIA ORGÁNICA Y PROCEDIMIENTO. IV. AUMENTO Y REDUCCIÓN DE CAPITAL. 1. Aumento. Concepto y clases. 1.1. Concepto. 1.2. Clases de aumento. 2. Reducción de capital. 2.1. Concepto. 2.2. Finalidad y clases. 2.3. Responsabilidad de los socios y protección de los acreedores. V. DERECHO DE PREFERENCIA DE LOS SOCIOS EN EL AUMENTO DE CAPITAL. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando desarrollamos el concepto de «modificaciones sociales» no podemos olvidar las palabras del profesor Vicent Chuliá cuando señalaba: *«(e)l carácter institucional o de técnica de organización de empresa de la sociedad de capital se manifiesta en el reconocimiento legal a la mayoría de la facultad de modificar su régimen, es decir, el propio contrato de sociedad, en reconocimiento de que se trata de un “contrato incompleto” (en terminología del “Análisis Económico del Derecho”), que necesita ser adaptado a los cambios del mercado, mediante acuerdos de junta general. Esto es más “eficiente” que disolver la sociedad y constituir otra»*².

Si analizamos esta definición atendiendo a la modificación de capital nos encontramos en un proceso de toma de decisiones sociales muy complejo, puesto que existen numerosos intereses en presencia que el legislador trata de tutelar a través de un procedimiento en el que se exigen múltiples requisitos que se imponen en garantía de los mismos. Nos en-

¹ I+D+i: «Reformas en la organización y gobierno corporativo de las sociedades de capital»; Ministerio de Economía y Competitividad. DER2014-52831-R.

² Vicent Chuliá, F. (2012): Introducción al Derecho Mercantil, 23ª ed., vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 894.

contramos por tanto, en la LSC y en la LSLP controles ex ante, coetáneos y posteriores al momento de adoptar el acuerdo, al que se le pueden incorporar medidas adicionales por vía estatutaria³.

Por otra parte, debemos recordar que en la vigente LSC, en el Título VIII se regula la «Modificación de estatutos» que engloba todo tipo de modificaciones, incluidos el aumento y la reducción de capital diferenciando entre una sección dedicada a las disposiciones generales, aplicables a cualquier tipo de modificación y la sección segunda, referida a las reglas de tutela de los socios, a lo que siguen los capítulos que regulan el aumento y la reducción de capital.

Con carácter general, cualquier modificación de capital implica una modificación estatutaria, de hecho, el art. 11 regula la ampliación de capital de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 193 y 201 de la LSC, dentro de los límites marcados por el art. 1, 2.a) y b de la LSLP⁴, a saber, que se

³ Palau Ramírez, F.: (2013) «La modernización del Derecho de sociedades: el régimen jurídico general de la modificación de estatutos de las sociedades de capital», *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá* / coord. por María Victoria Petit Lavall; Vicente Cuñat Edo (dir.), José Massaguer Fuentes (dir.), Francisco José Alonso Espinosa (dir.), Esperanza Gallego Sánchez (dir.), 2013, ISBN 978-84-9053-038-2, pp. 499-532.

⁴ «b) *Que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social, salvo que:*
La sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite establecido en este apartado.
Se trate de socios que sean entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, entidades no lucrativas o de la economía social, en cuyo caso la participación podrá superar dicho límite, sin alcanzar el cincuenta por ciento del capital social.
En los supuestos de transgresión sobrevenida de los límites que se indican en los apartados a) y b) del presente artículo, la sociedad estará obligada a acomodar a la ley la situación de sus socios, en el plazo de dieciocho meses a contar desde el primer incumplimiento.
c) Que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios no sea superior al cuarenta y nueve por ciento del cómputo global de horas-año trabajadas en la sociedad laboral por el conjunto de los socios trabajadores. No computará para el cálculo de este límite el trabajo realizado por los trabajadores con discapacidad de cualquier clase en grado igual o superior al treinta y tres por ciento.
Si fueran superados los límites previstos en este apartado, la sociedad deberá alcanzarlos, de nuevo, en el plazo máximo de doce meses. El órgano del que dependa el Registro de Sociedades Laborales podrá conceder hasta dos prórrogas, por un plazo máximo de doce meses cada una, siempre que se acredite en cada solicitud de prórroga que se ha avanzado en el proceso de adaptación a los límites previstos. El plazo de adaptación en los casos de subrogación legal o

mantenga la proporción de capital propiedad de los socios, de manera que ninguno sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital, excepto si se constituye por dos trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en cuyo caso se distribuirán capital y votos al cincuenta por ciento, y con un tiempo máximo de 36 meses para ajustarse a la proporción; o bien estemos ante socios que sean entidades públicas, o de participación mayoritariamente pública, o entidades no lucrativas o de la economía social, pudiendo superar dicho límite, sin alcanzar el cincuenta por ciento del capital social.

Si bien los límites están claramente especificados, no lo está el procedimiento, por lo que desarrollaremos el mismo a la vista de lo regulado en la LSC.

Los comentarios que realizamos en este trabajo no tienen por finalidad llevar a cabo un exhaustivo y pormenorizado análisis de la materia que constituye el objeto del mismo, sino de una forma breve dar cuenta de las modificaciones que se han introducido en relación a la modificación del capital y del derecho de preferencia junto con la descripción del procedimiento que debe llevarse a cabo con el fin de proteger a los intereses en presencia.

II. REQUISITOS BÁSICOS DE LA MODIFICACIÓN DE CAPITAL

La LSC exige para llevar a cabo cualquier modificación estatutaria, y por ende, la modificación de capital, que se adjunte al procedimiento una propuesta de texto a modificar, el informe justificando la modificación por parte de los administradores o por parte de los socios que hayan propuesto la misma respecto de las sociedades anónimas (art. 286 LSC); que se especifique dicha propuesta en el anuncio de la convocatoria de la junta general que deba acordarla (art. 287 LSC), el derecho de los socios a ser informados de la modificación en los términos establecidos en el art. 287 LSC; y con las mayorías fijadas por los arts. 194 y 201 para la SA y art. 199 para la SRL (art. 288 LSC). Tras la adopción del acuerdo, se elevará a escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil, remitiéndose por vía telemática y sin coste adicional al Registro Mercantil Central para su publicación en el BORME (art. 290 LSC).

convencional de trabajadores será de treinta y seis meses, pudiendo solicitarse igualmente las prórrogas previstas en este apartado.»

III. COMPETENCIA ORGÁNICA Y PROCEDIMIENTO

La modificación de la cifra de capital social es competencia de la junta general (art. 287 LSC), no obstante la figura del capital autorizado⁵, en la que se autoriza a los administradores, por parte de la junta general, a que lleven a cabo la ejecución del aumento. Este régimen no se ha hecho extensivo a la sociedad de responsabilidad limitada, sigue vedado el recurso a esta figura, y se trata de una figura que «en determinadas circunstancias puede ser muy útil, también para las sociedades que utilizan esta forma jurídica»⁶.

Los administradores, o los socios que propongan la modificación, redactarán el texto íntegro de la modificación propuesta y en el caso de las sociedades anónimas, además, deberán incorporar un informe escrito en el que se justifique la misma y siempre dentro de los límites fijados por la LSLP para evitar que pierda la calificación de laboral o de participada. No se exige por tanto que el informe se acompañe en el caso de las sociedades limitadas, lo que no tiene demasiado sentido dado que el informe justificando la propuesta es importante tanto para uno como para otro tipo social, y además, como señala Alonso Ledesma⁷, «*no supone ninguna clase de coste añadido que pudiera aconsejar su eliminación en el caso de la limitada, motivo por el cual debería haberse extendido a la SL tal exigencia*» pues la finalidad no es otra que reforzar el derecho de información de los socios.

En relación a la propuesta formulada por los administradores, no parece admisible que cualquier administrador pueda hacer la propuesta y presentar el informe con independencia del órgano de administración, lo cierto es que se deberá atender a la actuación del órgano configurado y su estructura de funcionamiento⁸.

⁵ Vid. Art. 297 en que se regula la delegación en los administradores del aumento del capital y sus límites.

⁶ Así lo señala Alonso Ledesma, C. (2011): «La modificación de los estatutos sociales.: Aumento y reducción de capital», *Revista de derecho de sociedades*, N° 36, 2011, pp. 175-187.

⁷ Alonso Ledesma, C. (2011): «La modificación de los estatutos sociales.: Aumento y reducción de capital», *Revista de derecho de sociedades*, N° 36, 2011, pp. 175-187.

⁸ Vid. al respecto Palau Ramírez, F.: (2013) «La modernización del Derecho de sociedades: el régimen jurídico general de la modificación de estatutos de las sociedades de capital», *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá* / coord. por María Victoria Petit Lavall; Vicente Cuñat Edo (dir.), José Massaguer Fuentes (dir.), Francisco José Alonso Espinosa (dir.), Esperanza Gallego Sánchez (dir.), 2013, ISBN 978-84-9053-038-2, pp. 499-532.

En cuanto a la propuesta formulada por los socios, se configura una facultad de modificación de estatutos muy amplia, dado que no exige un capital mínimo para poder realizarla, ni se atribuye en exclusiva a una determinada clase de socios, lo que permitiría que tanto los socios de clase laboral como los de clase ordinaria, pudieran realizar la solicitud. No obstante, el art. 168 LSC recoge que los administradores para que estén obligados a atender la propuesta de los socios de convocatoria de junta general, exige que dicha propuesta venga avalada por al menos un 5% del capital social.

Si la convocatoria de junta general para proceder a la modificación del capital la realiza el juez (arts. 169 y 170 LSC), tanto la redacción de la propuesta, como el informe justificativo deberá ser elaborado por quienes hayan solicitado la convocatoria judicial. En este caso, la propuesta e informe justificativos podrán examinarse en el juzgado y no en el domicilio social en los casos en los que la negativa a convocar la junta se acompañara de actitudes obstruccionistas⁹. No será necesaria la formulación de la propuesta de modificación ni el informe en los casos en los que se proceda a una convocatoria judicial para adoptar una modificación de estatutos impuesta por la ley, ya que en estos casos los solicitantes de la convocatoria judicial fundarán la demanda en el precepto legal que impone la modificación, por lo que se entenderán cumplidos todos los requisitos de información exigidos por la ley¹⁰.

Los administradores convocarán la junta general en la que se fijará, con la debida claridad, los extremos a modificar, en este caso, se hará expresa referencia a la modificación del capital, haciéndose constar el derecho de los socios a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta o en el caso de las sociedades anónimas, al acceso al informe sobre la misma y a pedir la entrega o envío gratuito de dichos documentos (288 LSC).

En relación a la propuesta formulada se plantea la doctrina si dicha propuesta de modificación del capital social vincula a la junta general de

⁹ Palau Ramírez, F.:(2013) «La modernización del Derecho de sociedades: el régimen jurídico general de la modificación de estatutos de las sociedades de capital», *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá* / coord. por María Victoria Petit Lavall; Vicente Cuñat Edo (dir.), José Massaguer Fuentes (dir.), Francisco José Alonso Espinosa (dir.), Esperanza Gallego Sánchez (dir.), 2013, ISBN 978-84-9053-038-2, pp. 499-532.

¹⁰ Rojo, A. (1995): «La propuesta de modificación de los Estatutos de las sociedades anónimas», en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, p. 365. Palau Ramírez, F.:(2013) p. 508.

forma que ésta apruebe o deniegue la misma, sin que se pueda incorporar modificación alguna. La respuesta es que no se podría modificar atendiendo a que la junta general viene marcada por el contenido del orden del día, por lo que las discusiones en el seno de la junta deben ceñirse exclusivamente a lo dispuesto en él¹¹.

Si atendemos a lo dispuesto en el art. 296 LSC en relación al acuerdo del aumento, nos encontramos con una especialidad, y es que, si se eleva el valor nominal de las participaciones o de las acciones, será necesario el consentimiento de todos los socios, a no ser que se haga íntegramente con cargo a beneficios o a reservas que figuraran en el último balance aprobado. Además, para el caso de las sociedades anónimas, una vez realizado el aumento, el capital habrá de estar desembolsado al menos en una cuarta parte.

Para el resto de supuestos de aumento de capital serán suficientes las mayorías reforzadas reguladas por la Ley para las sociedades anónimas y para las sociedades limitadas (arts. 194 y 201 para la SA y art. 199 para la SRL).

Una vez ejecutado el acuerdo de aumento, se procederá, por parte de los administradores a dar una nueva redacción a los estatutos, en los que se incluirá la nueva cifra del capital social (art. 313 LSC). Este acuerdo, formalizado en escritura, deberá contener la referencia a los bienes o derechos aportados, y en el caso de la sociedades de responsabilidad limitada o sociedades anónimas cotizadas, si el aumento se realizara con la creación de nuevas participaciones, o nuevas acciones, la identidad de las personas a las que se les hubiera adjudicado, numeración de participaciones o acciones atribuidas y declaración del órgano de administración de que la titularidad de las participaciones se ha hecho constar en el libro-registro de socios o del libro-registro de acciones nominativas.

Tanto el acuerdo de aumento como su ejecución, deberán inscribirse simultáneamente en el Registro Mercantil, salvo que el acuerdo del capital social se hubiera previsto expresamente la suscripción incompleta y cuando la emisión de las nuevas acciones hubiera sido autorizada o verificada por la CNMV (art. 315 LSC).

¹¹ Alonso Espinosa F. J. (1990): «Modificación de estatutos y aumento y reducción del capital», Cuadernos de derecho y comercio, N° 8, pp. 57-104. Vicent Chuliá, F. (1991): *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I. Vol. 2, 3ª ed. Bosch, Barcelona, pp. 742 y ss.

IV. AUMENTO Y REDUCCIÓN DE CAPITAL

1. Aumento. Concepto y clases

1.1. Concepto

La cifra de capital social se consigna estatutariamente en el momento de la constitución de las sociedades, y permanece invariable mientras no se lleve a cabo su modificación, en los términos mencionados supra. Se trata de una modificación que debe ser calificada de formal, mientras no se produzca la alteración del patrimonio neto de la sociedad. En otras ocasiones sí que se produce un cambio en el patrimonio, por lo que resulta necesario respetar los principios de defensa del capital con el fin de proteger especialmente a los acreedores sociales y a los socios (arts. 295 y ss LSC).

En cualquier caso, todo aumento de capital implica la apertura de una línea de financiación para la sociedad, la incorporación de nuevos recursos con los que desarrollar la actividad económica o continuar proyectos¹².

Si nos situamos ante las sociedades laborales, la variación de la cifra de capital puede alterar la posición de las diferentes clases de socios en la distribución del mismo, por ello la LSLP señala que en toda ampliación de capital con emisión de nuevas acciones o con creación de nuevas participaciones, deberá respetarse la proporción existente entre las pertenecientes a las dos clases. En este punto debemos recordar que en las sociedades laborales existen dos clases de acciones o participaciones, a saber, «*las que sean propiedad de los trabajadores cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido y las restantes. La primera clase se denominará “clase laboral” y la segunda “clase general”. La sociedad laboral podrá ser titular de acciones y participaciones de ambas clases.*» (art. 11 LSLP).

1.2. Clases de aumento

Según se desprende de lo dispuesto en la LSC, se puede clasificar el aumento de capital atendiendo a diferentes criterios, según se emitan o no nuevas acciones o participaciones, según el contravalor del aumento, bien su emisión con prima o bien por conversión de obligaciones en acciones.

¹² Pulgar Ezquerro, J. (2010): «El acuerdo de la junta de aumento de capital por compensación de créditos en el marco de las sociedades de capital», *Revista de derecho de sociedades*, N° 34, 2010, pp. 19-50.

- El aumento de capital, según se emitan nuevas participaciones o acciones o bien se incremente el valor nominal de las mismas debe ser objeto de especial atención en la medida en que al emitir nuevas cuotas, puede resultar afectada la proporcionalidad marcada por Ley en cuanto a los titulares de cada una de las clases. Así pues, en caso de emitir nuevas acciones o participaciones, se deberá respetar lo dispuesto en el art. 1, 2 a y b LSLP, es decir, que la mayoría del capital tras la ejecución del aumento, siga perteneciendo a los socios trabajadores que lo sean por tiempo indefinido, y además, que cada uno de ellos no represente más de la tercera parte del capital, salvo las excepciones contempladas en el mismo y que ya han sido mencionadas supra, so pena de perder la calificación de «laboral».

En el supuesto en que se eleve el valor nominal de las participaciones o acciones, según lo dispuesto en el art. 296.2 LSC, se requerirá el consentimiento de todos los socios, excepto cuando se haga íntegramente con cargo a beneficios o reservas que ya figurasen en el último balance aprobado. Además, señala, sólo para el caso de las sociedades anónimas, que el valor de cada una de las acciones de la sociedad, una vez aumentado el capital, habrá de estar desembolsado en una cuarta parte como mínimo.

- Según el contravalor del aumento la LSC diferencia entre aportaciones dinerarias al capital de las sociedades anónimas, para las que exige (art. 299), el total el desembolso de las acciones anteriormente emitidas. Excepcionalmente podrá quedar una cantidad pendiente de desembolso que no podrá exceder del 3 por ciento del capital social. En el supuesto de realizar aportaciones no dinerarias, se les aplicará la normativa general prevista para las aportaciones para la constitución de la sociedad. En el caso de las Sociedades Anónimas se deberá elaborar un informe por uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil (arts. 67 y ss LSC). En el de las Sociedades de Responsabilidad Limitada no se exige informe de experto (art. 300 LSC).
- Por compensación de créditos cuando al menos el veinticinco por ciento de los créditos a compensar sean líquidos, vencidos y exigibles y que el vencimiento de los restantes no sea superior a cinco años (art. 301 LSC) y deberá ponerse a disposición de los accionistas, en el momento de la convocatoria, una certificación del auditor sobre la veracidad de los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos y la concordancia de los créditos con la contabilidad social. En el supuesto de las sociedades de responsabilidad limitada, los cré-

ditos, para que puedan ser objeto de compensación, deberán ser totalmente líquidos y exigibles. Este tipo de operación suele tener por finalidad el saneamiento financiero dado que el acreedor permuta su condición por la de socio y con ello se puede corregir el desequilibrio patrimonial al incrementar el patrimonio neto puesto que se reduce el pasivo inmediatamente exigible¹³.

- Por último, con cargo a reservas o beneficios que ya figurasen en el último balance aprobado. En este caso se podría hacer uso de las reservas constituidas por prima de asunción de participaciones sociales o de emisión de acciones, las reservas disponibles, y la reserva legal en el caso de ser sociedad limitada, toda, o en la parte que exceda del diez por ciento del capital ya aumentado si fuera anónima. Estos documentos deberán acompañarse a la escritura pública en que se formalice el aumento. En esta modalidad de aumento, tanto para las sociedades anónimas como para las sociedades limitadas se exige el último balance aprobado verificado por un auditor nombrado por el Registro Mercantil a solicitud de los administradores. Lo que supone un incremento de costes injustificado para las sociedades limitadas, e incluso puede calificarse de incoherente, en la medida en que, en el caso de las aportaciones no dinerarias al capital en este tipo social, no se exige el informe del experto¹⁴, lo que se compensó con un régimen de responsabilidad para administradores y socios mucho más rígido y tampoco se exige para el supuesto de la compensación de créditos (vid. supra).
- La LSC recoge el aumento de capital social a través de la creación de participaciones sociales y la emisión de acciones con prima. Esta prima deberá satisfacerse íntegramente en el momento de la asunción de las nuevas participaciones sociales o de la suscripción de las nuevas acciones (art. 298 LSC).
- Aumento por conversión de obligaciones en acciones (art. 302 LSC): Cuando se aumente el capital por conversión de obligaciones en ac-

¹³ Pulgar Ezquerro, J. (2010): «El acuerdo de la junta de aumento de capital por compensación de créditos en el marco de las sociedades de capital», *Revista de derecho de sociedades*, N° 34, 2010, pp. 19-50.

¹⁴ En el mismo sentido vid. Alonso Ledesma, C. (2011): «La modificación de los estatutos sociales.: Aumento y reducción de capital», *Revista de derecho de sociedades*, N° 36, 2011, pp. 175-187.

ciones, se aplicará lo establecido en el acuerdo de emisión de las obligaciones.

2. Reducción de capital

2.1. Concepto

El art. 317.2 de la LSC regula y diferencia los distintos tipos de reducción de capital en los mismos términos en los que lo regulaba la LSA pero extendiéndolo a las sociedades limitadas, diferenciando entre la disminución del valor nominal de las acciones, su amortización o su agrupación para el canje (art. 317.2), respetando en todo caso el principio de paridad en el trato, es decir, que cuando tenga por finalidad el restablecimiento del equilibrio entre capital y patrimonio, reducido por pérdidas, afecte por igual a todas las acciones en proporción a su valor nominal. En el procedimiento de reducción del capital se presta una especial atención a los acreedores sociales por lo que el procedimiento es esencial, para proteger no solo a éstos, sino al resto de intereses en presencia, tal y como hemos señalado anteriormente en sede de aumento de capital. Según este precepto estaremos pues ante un modificación de estatutos por la que se disminuye la cifra estatutaria de capital, y en la que se debe prestar una atención especial a los acreedores sociales.

Para la reducción de capital será competente la Junta general. El acuerdo de reducción se adoptará con los mismos requisitos previstos para el aumento (art. 318 LSC)¹⁵ tras lo cual se publicará en el BORM y en la web corporativa, y en caso de no tener web, en un periódico de gran circulación en la provincia en que tenga su domicilio social.

2.2. Finalidad y clases

La LSC ha ordenado la materia relativa a la reducción del capital extendiendo el régimen previsto para la SA a la SL¹⁶. Pero, en cualquier

¹⁵ Espín Gutiérrez, C. (2011), «Artículo 318. El acuerdo de reducción del capital social» en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* / coord. por Angel José Rojo Fernández Río, Emilio M. Beltrán Sánchez; María Luisa Aparicio González (aut.), Alfredo Ávila de la Torre (aut.), Juan Bataller Grau (aut.), Luisa María Esteban Ramos (aut.), Luis Ángel Sánchez Pachón (aut.), Vol. 2, 2011 (TOMO II), pp. 2350-2356.

¹⁶ Con algunas excepciones a las que se refiere Alonso Ledesma, C. (2011): «La modificación de los estatutos sociales.: Aumento y reducción de capital», *Revista*

caso, en la reducción de capital debe primar el principio de paridad en el trato a los socios, y puede tener por objeto diferentes finalidades. Puede consistir en el restablecimiento del equilibrio entre capital (art. 320 LSC) y patrimonio neto de la sociedad reducido como consecuencia de pérdidas, puede tener por objeto la constitución o incremento de la reserva legal o de las voluntarias. En ningún caso la reducción de capital cuando tenga por objeto el saneamiento de pérdidas, podrá dar lugar a reembolsos a los socios o, en las sociedades anónimas, a la condonación de las aportaciones pendientes (art. 321 LSC).

Por ello diferenciaremos entre las que tienen carácter voluntario y las de carácter obligatorio:

- Por una parte, tendrá carácter de voluntario, si por ejemplo, la sociedad considera que la cifra prevista inicialmente para el desarrollo de su actividad es excesiva, pero puede tener también como objetivo, la eliminación de acciones propias, o el incremento de la reserva legal, entre otros supuestos.
- Tendrá carácter obligatorio cuando la Ley obliga a la sociedad a enajenar las acciones propias y no se lleva a cabo dicha operación (art. 139 LSC), o bien cuando las pérdidas hayan reducido el patrimonio neto de la sociedad por debajo de las dos terceras partes del capital y hubiera transcurrido un ejercicio social sin que se recupere (art. 327 LSC). También se contempla esta reducción obligatoria en el caso de del número 4 del art. 12 de la LSLP, así, *«las acciones y participaciones propias adquiridas por la sociedad deberán ser enajenadas a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido en el plazo máximo de tres años a contar desde la fecha de su adquisición, conforme al procedimiento y valoración previsto en los artículos 6 y 7.»* A lo que añade, en el número 3, que *«transcurrido dicho plazo, las acciones o participaciones no enajenadas deberán ser amortizadas mediante reducción del capital social, salvo que en su conjunto las acciones o participaciones propias no excedan del veinte por ciento del capital social»*.

Otra de las circunstancias de la reducción obligatoria se regula en el art. 16 de la LSLP para el supuesto de pérdida de la calificación de la sociedad como laboral que podrá ser causa legal de separación por parte del socio. En este caso, *«(l)as acciones o participaciones de los socios separados o excluidos deberán ser ofrecidas a los trabajadores de la sociedad*

con contrato de trabajo por tiempo indefinido, conforme a lo previsto en el artículo 6 de esta ley. Las acciones o participaciones no adquiridas deberán ser amortizadas mediante reducción del capital social.»

- Cuando la reducción tenga por finalidad el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas, deberá afectar por igual a todas las participaciones sociales o a todas las acciones en proporción a su valor nominal, pero respetando los privilegios que a estos efectos hubieran podido otorgarse en la ley o en los estatutos para determinadas participaciones sociales o para determinadas clases de acciones (art. 320 LSC).
- En cualquier caso, la reducción del capital por pérdidas no podrá dar lugar a reembolsos a los socios o, en las sociedades anónimas, a la condonación de la obligación de realizar las aportaciones pendientes. En el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, no se podrá reducir el capital por pérdidas en tanto la sociedad cuente con cualquier clase de reservas. Y en el caso de las sociedades anónimas no se podrá reducir el capital por pérdidas en tanto la sociedad cuente con cualquier clase de reservas voluntarias o cuando la reserva legal, una vez efectuada la reducción, exceda del diez por ciento del capital (art. 322 LSC)¹⁷.
- El balance que deberá servir de base a la operación de reducción de capital por pérdidas deberá haberse cerrado dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo, y deberá ser verificado por el auditor de cuentas, de la sociedad si estaba obligada a auditar o nombrado por los administradores, en caso contrario, y en su caso, aprobado por la junta general. Tanto el balance como el informe de auditoría se incorporarán a la escritura de reducción (art. 323 LSC).

¹⁷ Espín Gutiérrez, C. (2011), «Artículo 322. Presupuesto de la reducción del capital social», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* / coord. por Angel José Rojo Fernández Río, Emilio M. Beltrán Sánchez; María Luisa Aparicio González (aut.), Alfredo Ávila de la Torre (aut.), Juan Bataller Grau (aut.), Luisa María Esteban Ramos (aut.), Luis Ángel Sánchez Pachón (aut.), Vol. 2, 2011 (Tomo II), pp. 2367-2370.

2.3. Responsabilidad de los socios y protección de los acreedores

La LSC regula la responsabilidad solidaria de los socios de la sociedad limitada a los que se hubiera restituido la totalidad o parte del valor de sus aportaciones, respondiendo entre sí y con la sociedad del pago de las deudas que se contrajeron con anterioridad a la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros (art. 331) y siempre con el límite del importe percibido en concepto de restitución de la aportación social, prescribiendo dicha obligación a los cinco años a contar desde la fecha en que la reducción fuese oponible a terceros. No habrá lugar a la responsabilidad si al acordarse la reducción se dotase una reserva legal con cargo a beneficios o reservas libres por un importe igual al percibido por los socios en concepto de restitución de la aportación que permanecerá indisponible durante cinco años a contar desde la publicación de la reducción en el BORM, a no ser que antes del vencimiento se hubieren satisfecho todas las deudas sociales contraídas antes de la fecha en la que la reducción fuera oponible a terceros (art. 332)¹⁸.

Estatutariamente las sociedades limitadas podrán contemplar que ningún acuerdo de reducción que implique restitución de las aportaciones a los socios pueda llevarse a efecto sin que transcurra un plazo de tres meses a contar desde la notificación a los acreedores (art. 333). Los acreedores se podrán oponer, en el plazo de un mes a contar desde la fecha del último anuncio, en tanto sus créditos no sea satisfechos o no estén garantizados (art. 334) pero en ningún caso lo podrán hacer cuando la reducción tenga por finalidad el restablecimiento del equilibrio entre capital y patrimonio neto disminuido por pérdidas, si tiene por finalidad la constitución o incremento de reserva legal, o cuando se realice con cargo a beneficios o a reservas libres o por amortización de acciones adquiridas por la sociedad a título gratuito (art. 335).

A la vista del régimen jurídico aplicable a estos supuestos, se puede afirmar que, la tutela de los acreedores en la sociedad anónima y en la limitada es distinto¹⁹.

En el ámbito de las sociedades anónimas el art. 334 LSC señala que los acreedores cuyos créditos hayan nacido antes de la fecha del último anun-

¹⁸ En este caso, «conduciría al absurdo de inmovilizar la reserva voluntaria que se quiere constituir», Vid. RDGRN de 24 de mayo de 2003.

¹⁹ Alonso Ledesma, C. (2011): «La modificación de los estatutos sociales.: Aumento y reducción de capital», *Revista de derecho de sociedades*, N° 36, 2011, pp. 175-187.

cio del acuerdo de reducción de capital y no hayan vencido en ese momento, y hasta en tanto no se garanticen tales, tendrán el derecho de oponerse a la reducción para añadir que los acreedores que ya tengan suficientemente garantizados los créditos, no gozarán de este derecho. Tampoco gozarán de este derecho, cuando la reducción tenga por única finalidad la del restablecimiento del equilibrio entre capital y patrimonio neto disminuido por pérdidas. O cuando la reducción tenga por finalidad la constitución o incremento de la reserva legal, sin embargo, cuando la reducción se realice con cargo a beneficios o a reservas libres o por vía de amortización de acciones adquiridas por la sociedad a título gratuito el importe del valor nominal de las acciones amortizadas o de la disminución del valor nominal de las mismas deberá destinarse a una reserva de la que solo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social.

En cualquier caso, resulta curioso que se admita de manera pacífica la reducción por devolución de aportaciones, con un descenso efectivo de patrimonio, mientras se trata con cautela una operación en la que se mantienen inalterados los activos y la cifra de recursos propios²⁰.

V. DERECHO DE PREFERENCIA DE LOS SOCIOS EN EL AUMENTO DE CAPITAL

El derecho de preferencia de los socios en el aumento de capital ha sido objeto de una profunda simplificación respecto del régimen jurídico anterior, lo que conlleva una reducción de plazos y del colectivo con derechos de preferencia, suprimiendo el derecho que ostentaban trabajadores de duración determinada.

El derecho de preferencia se regula desde dos perspectivas, desde la transmisión intervivos de las participaciones y acciones, con un régimen mucho menos complejo, y el régimen de preferencia de los socios en el aumento de capital.

En relación a la transmisión intervivos, se establece que, salvo previsión estatutaria en contra, podrán transmitirse libremente las acciones y parti-

²⁰ Bonardell Lenzano, R./ Cabanas Trejo, R., (2009) La reducción del capital social en la sociedad de responsabilidad limitada, Valencia, p. 29. Alonso Ledesma, C. (2011): «La modificación de los estatutos sociales: Aumento y reducción de capital», *Revista de derecho de sociedades*, N° 36, 2011, pp. 175-187.

cipaciones a los socios trabajadores y a trabajadores no socios con contrato por tiempo indefinido. El transmitente deberá comunicar a los administradores, por escrito, y de manera que asegure su recepción, el número y características de las acciones o participaciones que se proponga transmitir y la identidad del adquirente (art. 6.1 LSLP). En el resto de supuestos, *«el propietario de acciones o participaciones comunicará a la sociedad el número, características y términos económicos de las acciones o participaciones que se proponga transmitir para que ésta traslade la propuesta en el plazo máximo de diez días simultáneamente a todos los posibles interesados (trabajadores indefinidos, socios trabajadores y socios generales), que deberán manifestar su voluntad de adquisición en un plazo máximo de 20 días contados desde que les fue notificada la transmisión proyectada.»* Una vez reciban los administradores las ofertas de compra, éstos dispondrán de diez días para comunicar al vendedor la identidad de los adquirentes. El art. 6 apartado 2 establece un orden de preferencia para el caso en que hubieran varios compradores: en primer lugar se situarían los trabajadores indefinidos no socios en relación directa antigüedad en la empresa, en segundo lugar los socios trabajadores, en relación inversa al número de acciones o participaciones que posean, en tercer lugar, los socios de la clase general en proporción a su participación en el capital social, y en último lugar, la sociedad. Si no se presentasen ofertas de compra en el plazo previsto, el propietario las podría vender libremente. Pero si no las transmitiera en el plazo de dos meses, tendrá que reiniciar de nuevo los trámites del art. 6.

En cualquier caso, cualquier procedimiento de transmisión de los regulados en la LSLP quedará sometida al consentimiento de la sociedad si con ello se superaran los límites del art. 1. La norma considera que el consentimiento de la sociedad no es el acuerdo adoptado por la junta general sino el acuerdo del órgano de administración que deberá pronunciarse a favor o en contra del mismo, y sin que se sobrepasen los límites del art. 1.

En relación al derecho de suscripción preferente en cualquier ampliación de capital, el art. 11 de la LSLP señala que en cualquier caso, debe respetarse la proporción existente entre las pertenecientes a las dos clases, excepto en el caso en que la ampliación de capital tenga por objeto la acomodación del capital a los límites a los que se refiere el art. 1.2.a y b de la Ley. En estos casos, señala este precepto, que *«el aumento de capital podrá adoptarse por acuerdo de la Junta General con la mayoría ordinaria establecida para las sociedades de responsabilidad limitada en el artículo 198 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y con el quórum de constitución y las mayorías establecidas para las sociedades anónimas en los artículos 193 y 201 de dicha ley»*.

La norma establece a continuación que los titulares de las acciones o de las participaciones que pertenezcan a cada una de las clases, tienen derecho de preferencia para suscribir o asumir las nuevas acciones o participaciones pertenecientes a la clase respectiva. Las acciones o participaciones no suscritas o asumidas por los socios de la clase correspondiente, se ofrecerán a los trabajadores con contrato por tiempo indefinido de acuerdo con lo establecido en el art. 6.

El derecho de preferencia podrá ser excluido, pero en ese caso se registrará por la normativa vigente aplicable al tipo de sociedad, no obstante, (apdo 4 art. 11 LSLP) *«cuando la exclusión afecte a las acciones o participaciones de la clase laboral, la prima será fijada libremente por la Junta General, siempre que la misma apruebe un Plan de adquisición de acciones o participaciones por los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido, y que las nuevas acciones o participaciones se destinen al cumplimiento del Plan e imponga la prohibición de enajenación en un plazo de cinco años»*.

Los supuestos de exclusión del derecho de preferencia para las sociedades anónimas se encuentra regulados en el art. 350 en el que se establece que, el socio que incumpla voluntariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias, así como al socio administrador que infrinja la prohibición de competencia o hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados por actos contrarios a esta Ley o a los estatutos o realizados sin la debida diligencia. Por otra parte, se podrán contemplar estatutariamente otras causas de exclusión, pero en este caso se requerirá el consentimiento de todos los socios.

Bibliografía

- ALONSO ESPINOSA F. J. (1990). «Modificación de estatutos y aumento y reducción del capital», *Cuadernos de derecho y comercio*, N° 8, pp. 57-104.
- ALONSO LEDESMA, C. (2011). «La modificación de los estatutos sociales.: Aumento y reducción de capital», *Revista de derecho de sociedades*, N° 36, 2011, pp. 175-187.
- ESPÍN GUTIÉRREZ, C. (2011). «Artículo 318. El acuerdo de reducción del capital social» en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* / coord. por Angel José ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Emilio M. BELTRÁN SÁNCHEZ; María Luisa APARICIO GONZÁLEZ (aut.), Alfredo ÁVILA DE LA TORRE (aut.), Juan BATALLER GRAU (aut.), Luisa María ESTEBAN RAMOS (aut.), Luis Ángel SÁNCHEZ PACHÓN (aut.), Vol. 2, 2011 (Tomo II), pp. 2350-2356.
- (2011). «Artículo 322. Presupuesto de la reducción del capital social», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* / coord. por Angel José ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Emilio M. BELTRÁN SÁNCHEZ; María Luisa APARICIO GONZÁLEZ (aut.), Alfredo ÁVILA DE LA TORRE (aut.), Juan BATALLER GRAU

- (aut.), Luisa María ESTEBAN RAMOS (aut.), Luis Ángel SÁNCHEZ PACHÓN (aut.), Vol. 2, 2011 (Tomo II), pp. 2367-2370.
- PALAU RAMÍREZ, F. (2013). «La modernización del Derecho de sociedades: el régimen jurídico general de la modificación de estatutos de las sociedades de capital», *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá* / coord. por María Victoria PETIT LAVALL; Vicente CUÑAT EDO (dir.), José MASSAGUER FUENTES (dir.), Francisco José ALONSO ESPINOSA (dir.), Esperanza GALLEGÓ SÁNCHEZ (dir.), 2013, ISBN 978-84-9053-038-2, pp. 499-532.
- PULGAR EZQUERRA, J. (2010). «El acuerdo de la junta de aumento de capital por compensación de créditos en el marco de las sociedades de capital», *Revista de derecho de sociedades*, N° 34, 2010, pp. 19-50.
- ROJO, A. (1995). «La propuesta de modificación de los Estatutos de las sociedades anónimas», en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, p. 365.
- VICENT CHULIÁ, F. (1991). *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I. Vol. 2, 3ª ed. Bosch, Barcelona, pp. 742 y ss.
- (2012). *Introducción al Derecho Mercantil*, 23ª ed., vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Negocios sobre las propias acciones y participaciones en las sociedades laborales

Dr. D. RAFAEL JORDÁ GARCÍA

*Abogado. Profesor Asociado de Derecho Mercantil
Universidad de Murcia*

SUMARIO: I. LOS NEGOCIOS SOBRE LAS PROPIAS ACCIONES Y PARTICIPACIONES EN LA LEY DE SOCIEDADES LABORALES Y PARTICIPADAS: MAYOR REGULACIÓN LEGAL. II. RAZONES PARA EL CONTROL DE LOS NEGOCIOS SOBRE LAS PROPIAS ACCIONES O PARTICIPACIONES. III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES PROPIAS PARA LAS SOCIEDADES LABORALES. 1. Régimen general de la autocartera para las sociedades de capital aplicable a las sociedades laborales. 2. Supuestos autorizados de compra de acciones o participaciones propias específicos de las sociedades laborales. 2.1. Autocartera y transmisiones intervivos. 2.2. Autocartera y transmisiones mortis causa. 3. Régimen jurídico de la autocartera en las sociedades laborales. 3.1. Régimen jurídico de la autocartera en las sociedades laborales derivado de la aplicación subsidiaria de la LSC. 3.2. Especialidades de la LSLP respecto al régimen jurídico de la autocartera. A) Adquisición con cargo a beneficios o reservas. B) Obligación de transmitir la autocartera a los trabajadores. C) Obligación de amortización, en su caso. D) Computo de la autocartera en relación a los requisitos para ser sociedad laboral. IV. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE ASISTENCIA FINANCIERA EN LAS SOCIEDADES LABORALES. 1. Concepto de asistencia financiera. 2. Régimen jurídico de la asistencia financiera en la LSC. 3. Especialidades del régimen jurídico para las sociedades laborales en materia de asistencia financiera. 4. Inexistencia de régimen jurídico propio para las sociedades laborales en materia de aceptación en garantía de acciones o participaciones propias. Bibliografía.

RESUMEN: Tras la escasa referencia a los negocios sobre las acciones y participaciones propias en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, la LSLP ha dedicado su artículo 12 a su regulación. Las especialidades introducidas tienen, en su mayor parte, la pretensión de favorecer el acceso a la propiedad de las acciones o participaciones a los trabajadores con contrato indefinido. Loable objetivo que puede chocar, en ocasiones, con los riesgos de la tenencia de autocartera en las sociedades de capital. Sorprende, aunque sea a dichos efectos, la posibilidad de mantener en autocartera, por plazo superior a tres años, las participaciones que no pudiendo ser enajenadas no excedan del veinte por ciento del capital social, y más cuando las mismas no computan en relación al porcentaje de participación de los trabajadores en la sociedad. Por último y del mismo modo, en materia de asistencia financiera, las sociedades laborales pueden, en favor de los trabajadores de la sociedad con contra-

to por tiempo indefinido que no sean socios, anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías o facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias acciones o participaciones.

I. LOS NEGOCIOS SOBRE LAS PROPIAS ACCIONES Y PARTICIPACIONES EN LA LEY DE SOCIEDADES LABORALES Y PARTICIPADAS: MAYOR REGULACIÓN LEGAL

La Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas (LSLP) ha supuesto una mayor regulación en relación a los negocios sobre las propias acciones y participaciones respecto a su antecedente y derogada Ley 4/1997, de 24 de marzo, de sociedades laborales. Esta ley no dedicaba un artículo de forma específica para regular el régimen jurídico de los negocios sobre las propias acciones, si bien contenía una importante remisión, en sede de transmisión intervivos¹, al régimen previsto en los arts. 75 y ss. de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA).

La necesidad de adaptación de la legislación de las sociedades laborales preconizada por su exposición de motivos² se hacía verdaderamente evidente en dicha remisión a la LSA ya derogada y refundida por la LSC. Con la legislación anterior llamaba la atención que en aspectos relativos a las acciones y participaciones propias, como la adquisición derivativa, los supuestos de libre adquisición, la obligación de su enajenación, las consecuencias de su infracción y su régimen jurídico, la remisión se hiciera íntegramente al régimen de las SA omitiendo la diferencia de regulación entre las SA y SL en materia, sobre todo, de autocartera.

En la ley 44/2015, de 14 de octubre, se justifica dicha remisión en distintas materias partiendo de que las diferencias entre SA y SL no lo son tanto por la forma sino por su condición o no de sociedad cotizada, de forma «que las coincidencias entre SAL y SLL aconsejan ofrecer en muchos casos

¹ E indirectamente también en las transmisiones mortiscausa por la remisión que respecto a éstas últimas efectuaba el art. 11 Ley 4/1997, de 24 de marzo, de sociedades laborales al régimen previsto para las adquisiciones intervivos.

² «Dado el tiempo transcurrido desde su promulgación comienza a evidenciarse la necesidad de actualizar su marco normativo con el objetivo de dar un nuevo impulso a las sociedades laborales por su condición de empresas participadas por los socios trabajadores y abiertas a la integración como socios de los demás trabajadores de la empresa».

soluciones jurídicas comunes»³. Como veremos en este capítulo, el nuevo régimen jurídico en materia de autocartera y asistencia financiera no unifica la regulación con remisión al régimen de los negocios con las propias acciones en la SA, sino que mezcla principios propios de las SA y de las SL lo que hace que las sociedades laborales se distingan en esta materia del régimen general para cada tipo social en la LSC.

En cualquier caso, el estudio de las especialidades de la LSLP, en materia de negocios sobre las propias acciones y participaciones nos obliga a introducir, brevemente, el régimen jurídico aplicable a todas las sociedades de capital respecto a las que las sociedades laborales son una subtipo⁴ al que se aplica la LSC con carácter subsidiario en todo lo no previsto en la LSLP⁵. Pese a ello, las sociedades laborales son (García Ruiz, E. 2017) de naturaleza social por sus fines y principios orientadores, al estar participadas por los socios trabajadores y abiertas a la integración de los demás trabajadores de la empresa.

Los negocios sobre las propias acciones y participaciones comprenden la adquisición de acciones y participaciones propias, la aceptación por la sociedad en garantía de las mismas, la asistencia financiera y las participaciones recíprocas, si bien respecto a estas últimas no hay especialidad alguna en la LSLP por lo que será de aplicación a las sociedades laborales el régimen dispuesto en la LSC⁶.

El resto de *negocios* sí que aparecen referidos en la LSLP y tienen en común que son operaciones que suponen que la sociedad interviene como parte en contratos u operaciones que afectan a sus propios instrumentos de patrimonio, ya sea como adquirente, como prestamista o como garante, cuestión que puede afectar a su patrimonio neto e indirectamente a sus socios y a los terceros que operan con la sociedad.

³ Exposición de Motivos de la LSLP.

⁴ Como recoge la exposición de motivos de la LSLP, las sociedades laborales son sociedades de capital por su forma y por tanto les son aplicables las normas relativas a las sociedades anónimas y limitadas.

⁵ Disposición Final Tercera LSLP. «*Derecho supletorio. En lo no previsto en esta ley, serán de aplicación a las sociedades laborales las normas correspondientes a las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, según la forma que ostenten*».

⁶ No habiendo especialidad ninguna en la LSLP nos remitimos respecto al régimen de las participaciones recíprocas a lo previsto con carácter general en los arts. 151 a 155 LSC.

II. RAZONES PARA EL CONTROL DE LOS NEGOCIOS SOBRE LAS PROPIAS ACCIONES O PARTICIPACIONES

La autocartera es la tenencia por una sociedad de capital de sus propias acciones o participaciones, o de las acciones o participaciones de su sociedad dominante y siempre ha sido considerada con recelos por los peligros que puede conllevar, tales como, la posibilidad de que la operación comporte una reducción de capital encubierta mediante restitución de aportaciones, sin las garantías tutelares de acreedores sociales; el riesgo de que los administradores se sirvan de la operación para reforzar indebidamente su posición en la sociedad, y la posibilidad de que resulten favorecidos determinados socios en detrimento de los demás (entre otros, Velasco San Pedro, L., 2009 y Ávila Navarro, P., 2008).

Para Bonardell Lenzano, R. & Cabanas Trejo, R. (2009), la finalidad de la regulación de la autocartera es la de cuidar la integridad del capital social como cifra de garantía, a través de la neutralización del valor atribuido a las partes de socio autoposeídas, revelando su inanidad económica, o si se prefiere, sus reducidas posibilidades de enajenación⁷. En definitiva, suponen un activo cuyo valor es contingente⁸ que deben figurar en el balance de la sociedad como una minoración de los fondos propios a través de una cuenta de patrimonio neto con signo negativo. Respecto a los derechos de voto los mismos, como referiremos, quedan suspendidos de forma que no sean ejercidos por los administradores para que no refuercen su poder en la sociedad⁹.

Las mismas razones para aceptar con recelos la autocartera, se aplicarían a los supuestos en los que la sociedad aceptara, de un socio, en garantía de una deuda de éste, acciones o participaciones de la propia sociedad, pues como resultado de una posible ejecución de dicha garantía resultaría, que si no se las adjudica ningún tercero, la compañía acabaría adjudicándose las mismas en pago de la deuda con los inconvenientes arriba referidos.

Respecto a la prohibición de anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, o facilitar asistencia financiera para la adquisición

⁷ También Del Busto Méndez, J. (2010).

⁸ Nótese, por ejemplo, que si la sociedad deviniera insolvente, resultaría que el activo consistente en las acciones o participaciones propias no podría ser enajenado por el valor que se pudo satisfacer por ellas.

⁹ Art. 142.1 LSC para las SL y art. 148 a) LSC para las SA.

de las propias acciones o participaciones de la sociedad¹⁰, tendría su razón de ser en que, con dichas operaciones, la sociedad limita la disponibilidad de sus activos (fondos prestados o bienes otorgados en garantía) para operaciones que lejos de desarrollar las actividades que comprenden su objeto social benefician al socio o tercero financiado (que no necesitará solicitarlos a una entidad bancaria), con la agravante de que si el prestatario o beneficiario de la garantía incumplen, bien la obligación de devolución del préstamo otorgado por la sociedad, o bien la satisfacción de las obligaciones con cualquier tercero garantizadas por la sociedad, la sociedad, en el primer caso, se verá obligada a reclamar el pago de la deuda judicialmente (a expensas de la solvencia del socio prestatario) y, en el segundo caso, deberá satisfacer la deuda de su socio por la garantía otorgada y después reclamar a éste la devolución de los importes satisfechos (con el mismo riesgo en caso de insolvencia del socio garantizado incumplidor).

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES PROPIAS PARA LAS SOCIEDADES LABORALES

La LSLP refiere determinadas especialidades para las sociedades laborales respecto a la adquisición de acciones o participaciones propias, y en lo no dispuesto se mantiene el régimen general establecido en la LSC.

1. Régimen general de la autocartera para las sociedades de capital aplicable a las sociedades laborales

Además de los supuestos específicos de la LSLP que permiten la adquisición de autocartera, cabrá la posibilidad de que ésta pueda ser adquirida por una sociedad laboral en los supuestos previstos en la LSC en cuanto «*el régimen aplicable a las acciones y participaciones propias será el previsto en la LSC*» (art. 12.5 LSLP), además del carácter subsidiario de la LSC referido *supra*.

En la LSC, la adquisición y tenencia de participaciones propias está más restringida que en el caso de las acciones propias (por todos, Velasco San

¹⁰ En la SA también están prohibidos dichos negocios cuando se trate de las participaciones o acciones de su sociedad dominante y en las SL de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la SL pertenezca.

Pedro, L. 2011)¹¹. Prueba de ello es que en las SL las participaciones propias deben ser enajenadas o amortizadas en el plazo de tres años (art. 141 LSC), mientras que en las SA se permite que se pueda mantener la autocartera indefinidamente siempre que la misma no supere el veinte por ciento del capital social¹², si se respetan los requisitos establecidos en la ley para su adquisición (arts. 144 y ss LSC).

La adquisición de acciones o participaciones propias puede ser originaria o derivativa. Respecto a la originaria, en ningún caso las sociedades de capital, y por tanto las sociedades laborales, al no regular la LSLP especialidad alguna en esta materia, pueden asumir o suscribir sus propias participaciones o acciones ni las creadas o emitidas por su sociedad dominante (art. 134 LSC)¹³, persiguiéndose también la adquisición por persona interpuesta (art. 137 LSC)¹⁴. En las SL la adquisición originaria se declara nula de pleno derecho (art. 135 LSC) mientras que en las SA ésta resulta propietaria de las acciones suscritas si bien la obligación de desembolsar recae solidariamente sobre los socios fundadores o promotores, y en caso de ampliación de capital sobre los administradores (art. 136 LSC)¹⁵.

Respecto a la adquisición derivativa, entendida como transmisión del socio a la sociedad, para las SRL se recogen determinados supuestos en los que está autorizada la adquisición (art. 140 LSC)¹⁶, estableciéndose segui-

¹¹ Que señala además que la severidad que era extrema en la redacción originaria de la LSLR 1995 —lo que no se justificaba con los peligros y las ventajas asociadas a estos negocios— y que sólo se mitigaría en parte después de su reforma por la Ley 7/2003, de 1 de abril.

¹² Diez por ciento en el caso de sociedades cotizadas.

¹³ Para García-Cruces, J. A. (2011), la razón de la prohibición tanto de la asunción o suscripción de acciones propias no es otra que la función económica que ha de cumplir el capital social con carácter efectivo, de forma que debe asegurarse un incremento del patrimonio social y no una reasignación de sus diferentes componentes.

¹⁴ Salvo que demuestren no haber incurrido en culpa, en dicho artículo se señala que en el caso de que la asunción o la suscripción haya sido realizada por persona interpuesta, los fundadores y, en su caso, los administradores responderán solidariamente del desembolso de las participaciones asumidas o de las acciones suscritas, y que la misma responsabilidad alcanzará a los promotores de la sociedad anónima.

¹⁵ También en los supuestos del art. 136 LSC quedarán exentos de responsabilidad quienes demuestren no haber incurrido en culpa (art. 138 LSC).

¹⁶ La SL sólo podrá adquirir sus propias participaciones, o participaciones o acciones de su sociedad dominante, en los siguientes casos: (a) Cuando formen parte de un patrimonio adquirido a título universal, o sean adquiridas a título gratuito,

damente la referida obligación de enajenar o amortizar las participaciones en el plazo de tres años (art. 141 LSC)¹⁷, mientras que para las SA, además, junto a los supuestos de libre adquisición (art. 144 LSC), similares a los de la SL, no hay obligación de enajenación o amortización en un plazo de tres años si la autocartera no excede del referido veinte por ciento del capital social, permitiéndose las adquisiciones derivativas *condicionadas* hasta el mismo porcentaje del capital social siempre que se cumplan determinados requisitos¹⁸, debiendo destacar, junto al referido porcentaje máximo de autocartera, que se requiere la autorización por la junta y que el saldo del patrimonio neto tras la operación no se vea reducido por debajo de la cifra

o como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad contra el titular de las mismas, (b) Cuando las participaciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la junta general, (c) Cuando las participaciones propias se adquieran en el caso previsto en el artículo 109.3, esto es el ejercicio del derecho de adquisición preferente subrogándose en lugar del rematante en las transmisiones forzosas, y (d) Cuando la adquisición haya sido autorizada por la junta general, se efectúe con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y tenga por objeto participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad, participaciones que se adquieran como consecuencia de la aplicación de una cláusula restrictiva de la transmisión de las mismas, o participaciones transmitidas mortis causa.

¹⁷ La amortización dejara de ser opcional para ser obligatoria cuando dentro de ese plazo de tres años no pueda lograrse su enajenación, si bien dicho supuesto no resulta de aplicación a la adquisición de participaciones propias para reducir capital en cuanto su amortización va implícita en la propia naturaleza de la operación y es una consecuencia inmediata e inevitable que excluye la posibilidad de enajenación (Iglesias, J. L., 2009). En tal sentido, si la sociedad omite estas medidas, cualquier interesado podrá solicitar su adopción por el Secretario judicial o por el Registrador mercantil del domicilio social. Los administradores de la sociedad adquirente están obligados a solicitar la adopción de estas medidas, cuando, por las circunstancias que fueran, no pueda lograrse el correspondiente acuerdo de amortización y de reducción del capital. El expediente ante el Secretario judicial se acomodará a los trámites de jurisdicción voluntaria. La solicitud dirigida al Registrador mercantil se tramitará de acuerdo a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. La decisión favorable o desfavorable podrá recurrirse ante el Juez de lo Mercantil (art. 141.2 LSC).

¹⁸ García de Enterría, J. (2009), señala que a diferencia de la autosuscripción, la adquisición derivativa de acciones propias no se prohíbe con carácter general ya que puede responder a finalidades plenamente legítimas estableciéndose un conjunto de requisitos y límites.

de capital social y de la reserva legal o estatutariamente indisponible, en su caso (art. 146 LSC)¹⁹.

Las sociedades laborales podrán adquirir sus propias acciones o participaciones en los supuestos autorizados por la LSC, aunque no estén previstos en la LSLP, si bien deberán cumplir la finalidad y el régimen jurídico previsto en el art. 12.2 LSLP que establece que las acciones y participaciones propias adquiridas por la sociedad laboral deberán ser enajenadas a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido en el plazo máximo de tres años a contar desde la fecha de su adquisición, obligación que desarrollaremos infra.

La LSLP aclara que la sociedad laboral podrá ser titular de acciones y participaciones tanto de la clase laboral como de la clase general (art. 5.2 LSLP), cuestión que no impide cumplir con la finalidad pretendida de que las acciones y participaciones sean enajenadas a favor de los trabajadores en cuanto está previsto que en el supuesto de transmisión de acciones o participaciones que supongan un cambio de clase por razón de su propietario, los administradores sin necesidad de acuerdo de la Junta General procederán a formalizar la modificación del artículo o artículos de los estatutos a los que ello afecte, otorgando la pertinente escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil, una vez inscrita en el Registro de Sociedades Laborales.

¹⁹ En concreto, las adquisiciones derivativas exigen (i) autorización de la junta general, que deberá establecer las modalidades de la adquisición, el número máximo de participaciones o de acciones a adquirir, el contravalor mínimo y máximo cuando la adquisición sea onerosa, y la duración de la autorización, que no podrá exceder de cinco años (cuando la adquisición tenga por objeto participaciones o acciones de la sociedad dominante, la autorización deberá proceder también de la junta general de ésta); (ii) es nula la adquisición por la sociedad de acciones propias parcialmente desembolsadas (salvo que la adquisición sea a título gratuito) y de las que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias, y (iii) el patrimonio neto no debe, después de la adquisición resultar inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles. A estos efectos, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, minorado en el importe de los beneficios imputados directamente al mismo, e incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo.

2. Supuestos autorizados de compra de acciones o participaciones propias específicos de las sociedades laborales

Para las sociedades laborales, el régimen jurídico de la adquisición de sus propias acciones y participaciones sociales se contempla en el art. 12 LSLP, si bien en el mismo no se enumeran supuestos permitidos, adicionales a los previstos en la LSC, de compra de autocartera, por lo que hemos de acudir a otros artículos de la LSLP, en concreto al establecer los derechos de adquisición preferente en los supuestos de transmisión de las acciones o participaciones intervivos o mortiscausa de la sociedad laboral, para advertir supuestos específicos de adquisición de autocartera por la sociedad laboral.

2.1. Autocartera y transmisiones intervivos

El art. 6.2 LSLP prevé que las acciones y participaciones de la sociedad laboral²⁰, salvo previsión estatutaria en contra²¹, podrán transmitirse libremente a los socios trabajadores y trabajadores no socios con contrato por tiempo indefinido, y para el resto de posibles adquirentes obliga al transmitente a comunicar a la sociedad las acciones o participaciones que pretende transmitir y los términos económicos de la propuesta, para su traslado a los interesados (trabajadores indefinidos no socios, socios trabajadores y socios de la clase general) de forma que puedan manifestar su interés²², en su caso, estableciéndose un orden de prioridad en el que en último lugar aparece la propia sociedad, por lo que si ésta ejerce su derecho de adquisición preferente derivará en un supuesto de adquisición de autocartera por la sociedad laboral (art. 6.2 LSLP)²³.

²⁰ No distingue entre que el transmitente sea de la clase laboral o general, cuestión que sí diferenciaba la LSL 1997 (vid. arts. 7.1 y 7.8 LSL 1997).

²¹ No se permitía el pacto estatutario en contrario en la LSL 1997 respecto al régimen de transmisión de las acciones y participaciones sociales de la clase laboral, que también configuraba como libre, la transmisión a los trabajadores no socios con contrato indefinido (art. 7.1 LSL 1997).

²² El precio de las acciones o participaciones, la forma de pago y demás condiciones de la operación serán los establecidos en el art. 7 LSLP.

²³ Los administradores deben comunicar al vendedor la identidad del o de los adquirentes, priorizándose los interesados, en caso de concurrencia, de acuerdo al siguiente orden de preferencia: 1.º Trabajadores indefinidos no socios, en relación directa a su antigüedad en la empresa; 2.º Socios trabajadores, en relación inversa al número de acciones o participaciones que posean; 3.º Socios de la clase

Este derecho de la sociedad puede cumplir dos finalidades, la primera evitar la entrada en la sociedad de un tercero extraño a la misma cuando no puedan o no estén interesados, los trabajadores indefinidos no socios, ni los socios trabajadores, ni los socios de la clase general en ejercer su derecho de adquisición preferente, y sí pueda afrontar el pago la propia sociedad que como veremos deberá enajenarlas a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido en el plazo máximo de tres años a contar desde la fecha de su adquisición, pudiendo mantenerlas si no se supera el veinte por ciento del capital social (art. 12.2 LSLP). Y la segunda, evitar que se incremente el porcentaje en el capital social de nuevos socios de la clase general que pudiera suponer el incumplimiento del porcentaje mínimo de socios de la clase laboral, esto es la mayoría del capital social (art. 1.2.a. LSLP).

La LSLP no determina la forma en que la sociedad debe ejercitar el referido derecho de adquisición preferente si bien, al hacer referencia a que toda transmisión de acciones o participaciones, cualquiera que sea su clase y circunstancias, quedará sometida al consentimiento de la sociedad si con la misma se pueden superar los límites previstos en el art. 1 LSLP, señala que el consentimiento de la sociedad se expresará mediante acuerdo del órgano de administración, criterio que, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo, queda respaldado al referir como una de las facultades indelegables del consejo de administración la política relativa a las acciones o participaciones propias (art. 249 bis h).

Los argumentos anteriores nos llevan a poder considerar suficiente que sea el órgano de administración quien decida el ejercicio del derecho de adquisición preferente por la sociedad, y por tanto sin necesidad de convocatoria y celebración de una junta de socios, no exigida expresamente y para la que no se han previsto plazos suficientes para el preaviso legal de su

general, a prorrata de su participación en el capital social; y por último a la propia sociedad laboral. Destaca que prevalecen los derechos de formar parte del capital de los trabajadores indefinidos que no sean socios, antes que incrementar la participación del resto de socios laborales o generales, e incluso que el derecho de los socios trabajadores sea inverso a su participación en la sociedad, cuestiones que concuerdan con el objetivo, como entidad de economía social, de dar entrada en el capital a los trabajadores de la propia sociedad sin considerar necesaria la protección de que el trabajador que ya es socio no pierda porcentaje de participación en la sociedad, objetivo último del derecho de adquisición preferente en las sociedades de capital no laborales.

convocatoria, en particular en las SAL²⁴, al exigir al órgano de administración que comunique a los posibles interesados la transmisión pretendida en el plazo de diez días para que estos respondan en un máximo de veinte días si ejercitan el derecho de adquisición preferente en el plazo de veinte días desde que les fue notificada la transmisión proyectada.

En cualquier caso, la finalidad pretendida con la adquisición por la propia sociedad es, como referiremos *infra*, dar entrada en el capital a los trabajadores indefinidos que no sean socios en el plazo de tres años (plazo en el que deberán enajenarse o amortizarse, salvo que no se supere el veinte por ciento del capital social), y se pretende que no se especule con las acciones o participaciones propias sino que en ese plazo de tres años los trabajadores que no pudieron adquirir las mismas lo puedan hacer en ese plazo adicional. Para García Ruiz, E. (2013), se adquieren por la sociedad las acciones o participaciones para no ampliar el círculo a terceros, y dar tiempo a aquellos trabajadores por tiempo indefinido que deseen adquirir la condición de socio, a solucionar sus necesidades económicas para ello.

2.2. Autocartera y transmisiones mortis causa

Frente al régimen analizado para las transmisiones intervivos, en la transmisiones mortiscausa no se aplican las mismas reglas en cuanto al derecho de adquisición preferente, reconociéndose que la adquisición de alguna acción o participación social por sucesión hereditaria confiere al adquirente, ya sea heredero o legatario del fallecido, la condición de socio con lo que, salvo regulación estatutaria, no se prima la condición de trabajador con contrato indefinido del mismo (art. 10.1 LSLP), salvo por el límite a la regulación estatutaria que procedemos a analizar.

Pese a dicha regla general, se permite la posibilidad de regular en los estatutos sociales un derecho de adquisición sobre las acciones o participaciones del socio fallecido titular de las de clase laboral, por el procedi-

²⁴ La convocatoria de la junta general exige un preaviso de un mes y según cual sea el procedimiento estatutario de notificación (v.gr. publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un diario) puede ser imposible convocarla para su celebración antes del plazo conferido para comunicar a los titulares del derecho de adquisición preferente y para que estos respondan.

miento previsto para las transmisiones intervivos analizado en el apartado anterior (art. 6.2 LSLP)²⁵.

No obstante, la LSLP reconoce el derecho a heredar las acciones o participaciones a los herederos o legatarios que fueran trabajadores de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido, no pudiendo ejercitarse el derecho estatutario de adquisición preferente en dicho supuesto. El ejemplo más claro es el del padre que es socio de la clase laboral y que su hijo trabaja en la sociedad con contrato indefinido pero no es socio. Se quiebra aquí la aplicación del criterio de la antigüedad de los trabajadores indefinidos no socios que se prevén en el orden de preferencia de las transmisiones intervivos.

Va a ser relevante la regulación en estatutos y la inclusión o no del referido derecho de adquisición preferente respecto de los socios de la clase laboral. En muchas ocasiones se deja el contenido de los estatutos al modelo facilitado por el correspondiente operador jurídico (asesor, notaría, etc.), que si no se consulta o analiza adecuadamente puede no incluir el referido derecho de adquisición preferente que una vez establecido puede permitir a los trabajadores no socios con contrato indefinido acceder a la titularidad de acciones o participaciones.

3. Régimen jurídico de la autocartera en las sociedades laborales

Debemos diferenciar el régimen jurídico aplicable a la autocartera en las sociedades laborales por las especialidades previstas en la LSLP y el régimen jurídico derivado de la aplicación subsidiaria de la LSC, haciendo especial referencia a la obligación de enajenación de las acciones y participaciones propias a favor de los trabajadores, o en su defecto su amortización, en virtud de la LSLP.

²⁵ Si bien respecto al precio a satisfacer por el ejercicio del derecho se establece que se ejercitará por el valor razonable o, en su caso, el establecido conforme a los criterios de valoración previstos estatutariamente, que tales acciones o participaciones tuvieren el día del fallecimiento del socio, y que, salvo previsión estatutaria en contra, se pagará al contado, habiendo de ejercitarse este derecho de adquisición en el plazo máximo de tres meses, a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria.

3.1. Régimen jurídico de la autocartera en las sociedades laborales derivado de la aplicación subsidiaria de la LSC

Sin perjuicio de las especialidades previstas en la LSLP para la adquisición de autocartera por las sociedades laborales, a éstas también les serán de aplicación el régimen jurídico previsto en la LSC que no contradice lo dispuesto en la LSLP y debe aplicarse con carácter subsidiario (art. 12.5 LSLP).

Para las SL, y por tanto para las SLL, se establece que mientras permanezcan en poder de la sociedad adquirente, quedarán en suspenso todos los derechos correspondientes a las participaciones propias y a las participaciones o acciones de la sociedad dominante (142.1 LSC). Por otro lado, se indica que en el patrimonio neto del balance se establecerá una reserva equivalente al importe de las participaciones o acciones adquiridas, computado en el activo, que deberá mantenerse en tanto no sean enajenadas (art. 142.2 LSC), dicha referencia, sin embargo, la podemos entender cumplida para las SLL en cuanto, como se referirá posteriormente, las adquisición de autocartera en las sociedades laborales ha de hacerse con cargo a beneficios, reservas disponibles o la reserva especial.

Para las SA, se desarrollan más las implicaciones de la tenencia de la autocartera y así cuando una SAL hubiere adquirido acciones propias o participaciones o acciones de su sociedad dominante, se diferencia respecto a la suspensión de los derechos correspondientes a las acciones, estableciendo tal suspensión para el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las acciones propias y a las participaciones o acciones de la sociedad dominante, mientras que respecto a los derechos económicos inherentes a las acciones propias, excepción hecha del derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones, se establece que serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones (art. 148 a. LSC).

Además se establece que las acciones propias se computarán en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en la junta (art. 148 b. LSC), y se completa la pretensión de que la autocartera no perjudique al patrimonio neto estableciendo, respecto al supuesto de adquisición de participaciones o acciones de la sociedad dominante, que se establecerá en el patrimonio neto una reserva indisponible equivalente al importe de dichas participaciones o acciones, que deberá mantenerse en tanto las participaciones o acciones no sean enajenadas (art. 148 c. LSC).

También se establecen para la SA determinadas menciones obligatorias en el informe de gestión en relación a la autocartera (art. 148 d. LSC)²⁶, al que se remite el art. 262.2 LSC al referir el contenido del informe de gestión. Las SL no quedan excepcionadas de informar sobre la autocartera en cuanto en la Memoria de las Cuentas Anuales se debe referir el importe de las adquisiciones y enajenaciones de acciones o participaciones propias, y de las acciones o participaciones de la sociedad dominante (art. 260 5ª LSC), artículo que sería aplicable a las SA que puedan formular balance abreviado²⁷, si bien, además, se les obliga a incluir en la memoria, como mínimo, las menciones exigidas por la referida letra d) del artículo 148 LSC (art. 262.3 LSC).

3.2. Especialidades de la LSLP respecto al régimen jurídico de la autocartera

El art. 12 LSLP establece una serie de obligaciones respecto de la autocartera adquirida por la sociedad laboral respecto de los que hemos de distinguir si son aplicables solo a los supuestos de adquisición previstos en la propia LSLP o si lo son también a los supuestos permitidos en la LSC de forma general.

A) Adquisición con cargo a beneficios o reservas

La adquisición por la sociedad laboral de sus propias acciones y participaciones sociales, en los supuestos contemplados en la LSLP, «deberá efectuarse con cargo a beneficios, a la reserva especial o a otras reservas disponibles» (art. 12.1 LSLP). Se exige por tanto que la sociedad laboral cuente con beneficios o las reservas referidas en cuantía suficiente de forma que la adquisición no suponga una reducción del patrimonio neto por

²⁶ El informe de gestión de la sociedad adquirente y, en su caso, el de la sociedad dominante, deberán mencionar como mínimo: 1.º Los motivos de las adquisiciones y enajenaciones realizadas durante el ejercicio. 2.º El número y valor nominal de las participaciones o acciones adquiridas y enajenadas durante el ejercicio y la fracción del capital social que representan. 3.º En caso de adquisición o enajenación a título oneroso, la contraprestación por las participaciones o acciones. 4.º El número y valor nominal del total de las participaciones o acciones adquiridas y conservadas en cartera por la propia sociedad o por persona interpuesta y la fracción del capital social que representan.

²⁷ En la medida que las mismas no están obligadas a formular informe de gestión (art. 262.3 LSC).

debajo de la cifra del capital social más las reserva legal, las estatutarias, en su caso, y cualesquiera otras indisponibles²⁸.

Sin perjuicio del asiento que corresponde a la minoración de las cuentas de tesorería por el importe del precio satisfecho por las acciones o participaciones propias, que conlleva, de forma correlativa, la incorporación al balance de las acciones o participaciones propias, el hecho de que la compra se haga con cargo a beneficios o reservas significa que la sociedad ha de proceder a reclasificar reservas disponibles en reservas por autocartera que compensarán en el patrimonio neto la contabilización de las acciones o participaciones. Dicha reserva quedará liberalizada cuando sean enajenadas las referidas acciones o participaciones propias, siempre que el precio de enajenación sea igual o superior al de adquisición. Por el contrario en caso de amortización, por imposibilidad de venta, o de enajenación por precio inferior al de adquisición deberá compensarse en el primer caso la totalidad de la reserva por haber sido las acciones o participaciones amortizadas, y en el segundo se verá reducida en el importe de la minusvalía obtenida en su enajenación, quedando libre la reserva por autocartera por el resto de su saldo contable.

El legislador permite utilizar, a los referidos fines compensatorios, el propio beneficio de la sociedad (se entiende pendiente de reparto), las reservas voluntarias que son plenamente disponibles y la reserva especial, regulada en el art. 14 LSLP²⁹. Este destino de la reserva especial para la adquisición de acciones o participaciones propias es una novedad respecto a la regulación anterior, en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de sociedades laborales, que solo preveía el destino de la reserva especial para compensar pérdidas. El art. 14.2 LSLP al regular la reserva especial reitera que este

²⁸ V.gr. la reserva indisponible que se puede dotar en los supuestos de reducción de capital con devolución de aportaciones en las SLL para evitar la responsabilidad de los socios (vid. art. 333 LSC). Como señala Villacorta Hernández, M. A. (2010), «la garantía de los acreedores no es el concepto contable capital, ni fondos propios, ni patrimonio neto, sino que es el concepto mercantil de recursos indisponibles. Todas las reservas pueden ser clasificadas en dos categorías: disponibles e indisponibles. Los recursos indisponibles son los que no pueden ser utilizados en operaciones que disminuyan las garantías de los acreedores. Los recursos indisponibles están compuestos por el capital y las reservas indisponibles».

²⁹ «Artículo 14. *Reserva especial*. 1. Además de las reservas legales o estatutarias que procedan, las sociedades laborales están obligadas a constituir una reserva especial que se dotará con el diez por ciento del beneficio líquido de cada ejercicio, hasta que alcance al menos una cifra superior al doble del capital social». En la LSL 1997 no se establecía límite a alcanzar con la dotación anual, con lo que dicha dotación correspondía todos los años.

nuevo destino de la misma exige que la autocartera adquirida deberá ser enajenada a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido³⁰, principio general ya referido en el art. 12 LSLP, objeto de nuestro análisis, y que referiremos más detalladamente en el epígrafe siguiente.

La exigencia de que las acciones o participaciones propias se adquieran con cargo a beneficios o reservas disponibles es una especialidad de las sociedades laborales de carácter relativo en cuanto que en la LSC, aplicable con carácter subsidiario a la LSLP, se establece una obligación análoga para la adquisición de autocartera en los supuestos permitidos tanto para las SL como para las SA. En las SL se establece que con motivo de la adquisición de participaciones propias se establezca en el patrimonio neto una reserva equivalente al importe de las participaciones o acciones propias (si fueran de la sociedad dominante) adquiridas computado en el activo que deberá mantenerse en tanto las participaciones o acciones no sean enajenadas (art. 142.2. LSC). Para las SA, también se exige de forma indirecta la existencia de reservas suficientes en las adquisiciones derivativas condicionadas (art. 146.1.b LSC) en cuanto tras la adquisición de acciones propias el patrimonio neto no puede resultar inferior al capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles para lo que es esencial la existencia de reservas distintas a las referidas para que compensen la contabilización de las acciones propias en el patrimonio neto con signo negativo. En el caso de que la empresa realice cualquier tipo de transacción con sus propios instrumentos de patrimonio, el importe de estos instrumentos se registrará en el patrimonio neto, minorando los fondos propios, y en ningún caso podrán ser reconocidos como activos financieros de la empresa ni se registrará resultado alguno en la cuenta de pérdidas y ganancias (Villacorta Hernández, M. A., 2010).

En ambos tipos sociales se consigue un efecto equivalente al pretendido en el art. 12.1 LSLP respecto de que la adquisición de acciones o participaciones propias lo sea con cargo a beneficios, reservas disponibles o la reserva especial referida en el art. 14 LSLP.

³⁰ «Art. 14.2. La reserva especial solo podrá destinarse por la sociedad laboral a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin, y/o a la adquisición de sus propias acciones o participaciones sociales, que deberán ser enajenadas a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12».

B) Obligación de transmitir la autocartera a los trabajadores

Como hemos venido anunciando, las acciones y participaciones propias adquiridas por la sociedad deberán ser enajenadas a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido en el plazo máximo de tres años a contar desde la fecha de su adquisición, conforme al procedimiento y valoración previsto en los artículos 6 y 7 de la LSLP (art. 12.2 LSLP)³¹, criterio que corrobora la exposición de motivos de la LSLP³².

De esta forma, como indica Barrero Rodríguez, E. (2015), la reforma del régimen legal de las sociedades laborales utiliza estratégicamente esta figura controvertida del Derecho societario, que es la autocartera, para ponerla al servicio de la protección de los trabajadores y fomentar su integración en la empresa, concluyendo que la situación de la adquisición por las sociedades laborales de sus propias acciones o participaciones se configura, pues, con visos de excepcionalidad y provisionalidad y se articula como una situación interina y reversible, casi como una situación de tránsito tendente a asegurar la definitiva llegada de las acciones o participaciones a manos de los trabajadores³³.

La obligación de enajenación a favor de los trabajadores es una consecuencia inmediata de ser las sociedades laborales entidades de economía

³¹ En concreto dichos artículos regulan el derecho de adquisición preferente en caso de transmisión voluntaria inter vivos de acciones o participaciones y el régimen de valoración de las acciones y participaciones a los efectos de transmisión o amortización.

³² En la Exposición de motivos introduce al hablar de las novedades respecto a la reserva especial, que se amplían los fines a los que la misma se puede destinar (además de a compensar pérdidas, podrá aplicarse a la adquisición de autocartera) y que ello lo es «*con el objeto de facilitar su posterior enajenación por los trabajadores, todo ello en línea con uno de los objetivos principales de la ley que es la articulación de mecanismos para procurar el acceso de los trabajadores a la condición de socios*».

³³ Todo ello en base a que las acciones y participaciones propias adquiridas deberán ser enajenadas a favor de los trabajadores en el plazo máximo de tres años a contar desde la fecha de la adquisición. El transcurso de dicho plazo y el incumplimiento de esta previsión implica que las acciones o participaciones deban ser amortizadas mediante reducción del capital social, salvo que en su conjunto las acciones o participaciones propias no excedan del veinte por ciento del capital social. La medida constituye, por lo tanto, un mecanismo de protección y promoción de los trabajadores dentro de las sociedades laborales, en tanto les permite el acceso a la condición de accionistas o socios facilitándoles el acceso a dicha cualidad por este medio.

social³⁴ (art. 5 LES) en las que uno de los principios orientadores es la primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en una gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social (art 4.a. LES), principio que ha llevado al legislador a favorecer la incorporación a las sociedades laborales prioritariamente en el capital social a los trabajadores no socios con contrato indefinido. Para Paniagua Zurera, M., (2015), la sociedad laboral, como otros empresarios de la economía social (ad ex. las sociedades cooperativas), internaliza, junto a un interés lucrativo limitado de sus socios y una distribución de los derechos sociales tendencialmente igualitaria, unos fines sociales y de interés general en coherencia con nuestra Constitución económica y con los valores y los principios de la economía social. En este caso, de manera muy marcada los fines sociales y de interés general son la creación o el mantenimiento, o ambos, de empleo estable y digno en una empresa de la economía social, la participación de los trabajadores en esta empresa y el control efectivo de la sociedad-empresa laboral por los trabajadores indefinidos³⁵.

El art. 12.2 LSLP no señala expresamente que la transmisión haya de realizarse a trabajadores no socios, como si lo hace al autorizar la asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones de la sociedad laboral a las que nos referiremos posteriormente. No obstante, en la medida que el art. 12.2 LSLP se remite, respecto al procedimiento y valoración de las acciones o participaciones, a los arts. 6 y 7 LSLP, ello supone seguir el orden de preferencia establecido para las transmisiones intervivos, lo que supone que se prioriza a los trabajadores indefinidos no socios en función a su antigüedad.

No obstante, los administradores que quieran enajenar las acciones o participaciones propias deberán comunicar, no que existe un socio con voluntad de transmitir, como se prevé en el art. 6 LSLP, sino comunicar una oferta de venta, de forma que los interesados puedan mostrar su interés en la adquisición, si bien dicha comunicación también podría partir de la in-

³⁴ Art. 5 Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social (LES).

³⁵ Estabilidad que también refieren Fernández Daza, E. & Ramón Dangla, R. (2013) al considerar que La estabilidad empresarial, en el ámbito de la economía social juega a favor del empleo y produce un círculo virtuoso en la economía al evitar liquidaciones en cascada de empresas, destrucción de empleo y ahorro al erario público de prestaciones por desempleo, sobre todo en períodos de crisis.

tención de algún trabajador no socio con contrato indefinido de comprar acciones o participaciones propias. Y lo más relevante es que si ningún trabajador que no sea socio con contrato indefinido mostrara su interés en la adquisición, los que si sean socios podrán ejercitar su derecho de compra, en relación inversa al número de acciones o participaciones que ya posean, cuestión que no es posible respecto de la asistencia financiera, como luego referiremos, ya que ésta solo se prevé a favor de los trabajadores indefinidos no socios.

El precio de transmisión de las acciones o participaciones propias al trabajador por tiempo indefinido interesado en su adquisición resultará, por remisión del art. 12.2 LSLP, de lo dispuesto en el artículo 7 del mismo texto legal que establece las reglas para su fijación en la transmisión y amortización de las acciones y participaciones. En principio será el precio convenido y comunicado al órgano de administración, excepto en los casos de transmisiones onerosas distintas de la compraventa o a título gratuito, en los que el precio sería fijado de común acuerdo por las partes y a falta del mismo por el valor razonable que fije un experto independiente designado por los administradores y a cargo de la sociedad. Pese a ello, los socios pueden acordar en los estatutos los criterios y sistemas de determinación previa del valor³⁶, en cuyo caso prevalecerá éste³⁷. La remisión a dichas reglas por el art. 12 LSLP no es tan automática en cuanto en las enajenaciones de la sociedad laboral a sus socios de autocartera no existe un precio convenido y comunicado como en las ventas proyectadas por los propios socios. Si consideramos que el supuesto de oferta de venta por la sociedad es un supuesto análogo al de una transmisión onerosa distinta de la compraventa, en cuanto no existiría un precio ofrecido por un tercero podríamos concluir que procede su determinación por un experto inde-

³⁶ Se permiten así fijaciones de precio inferiores al valor razonable como pudiera ser el valor teórico contable que tanta discusión a supuesto en sede de sociedades de capital. Vid Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 15 de noviembre de 2016 (RJ 2016\6056), que excepciona la aplicación obligatoria del valor razonable para las S.L. si bien con ciertas cautelas y prevenciones, como no entrar a valorar en el recurso que ocurriría si la propia sociedad tuviera derecho de adquisición preferente.

³⁷ Con la salvedad de que si se modifica el artículo una vez constituida la sociedad el mismo no será de aplicación a los socios que votaron en contra del acuerdo de modificación de estatutos.

pendiente, conclusión a la que se llega, al menos para las SLL, por aplicación de lo dispuesto en la LSC³⁸.

Si la oferta de compra proviniese de un trabajador no socio con contrato indefinido éste podría comunicar el precio por el que estaría dispuesto a comprar con lo que este sería el que se comunicara al resto de interesados. Pese a ello, y para evitar propuestas de precio que no interesaran a la sociedad o al resto de socios, lo más acertado sería aprovechar la posibilidad de regulación estatutaria para establecer las reglas de determinación del precio y el órgano social competente para ello (junta general u órgano de administración).

C) Obligación de amortización, en su caso

Transcurrido el plazo de tres años, antes referido, sin que ningún trabajador haya adquirido las acciones o participaciones propias, éstas deberán ser amortizadas mediante reducción del capital social, salvo que en su conjunto las acciones o participaciones propias no excedan del veinte por ciento del capital social (art. 12.3 LSLP).

El plazo de tres años para que se proceda a enajenar a los trabajadores se aplica tanto a las SAL como a las SLL, si bien coincide con el que se prevé para las sociedades limitadas no laborales en el art. 141 LSC respecto de los supuestos en que legalmente pueden adquirir participaciones propias³⁹ y en el art. 145 LSC respecto de los supuestos de libre adquisición en las SA, si exceden del veinte por ciento del capital social.

³⁸ De forma subsidiaria resultaría de aplicación, para las SLL, lo dispuesto en el art. 141 LSC, que establece que la enajenación no podrá efectuarse a un precio inferior al valor razonable de las participaciones, fijado conforme a lo previsto en la LSC para los casos de separación de socios, que además propicia que prime antes de dicho valor el acordado entre la sociedad y el socio separado y en su defecto el que fije un experto independiente (art. 353 LSC). El experto independiente, a falta de acuerdo, debe ser designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad y entendemos que también del trabajador interesado, de forma análoga al derecho que en materia de separación ostentan cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración.

³⁹ «*Las participaciones propias adquiridas por la sociedad de responsabilidad limitada deberán ser amortizadas o enajenadas, respetando en este caso el régimen legal y estatutario de transmisión, en el plazo de tres años*» (art. 141.1 LSC).

En las SLL por aplicación subsidiaria de la LSC, cuando la adquisición no comporte devolución de aportaciones a los socios, la sociedad deberá dotar una reserva por el importe del valor nominal de las participaciones amortizadas, la cual será indisponible hasta que transcurran cinco años a contar desde la publicación de la reducción en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, salvo que antes del vencimiento de dicho plazo hubieran sido satisfechas todas las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros (art. 141.1 LSC). Pese a ello, la ventaja para las SLL es que si transcurre el plazo de tres años, se hace extensible a las mismas el régimen general de la autocartera en las SA de forma que no será necesario amortizar las acciones o participaciones no enajenadas mediante reducción del capital si en su conjunto no exceden del referido porcentaje del veinte por ciento del capital social. Privilegio que entendemos se justifica en el interés en seguir primando el acceso de los trabajadores con contrato indefinido al capital social de la sociedad laboral.

Entendemos que cabría optar por amortizar no la totalidad de la autocartera sino una parte de la misma de forma que la autocartera restante no superara el veinte por ciento del capital social.

D) Computo de la autocartera en relación a los requisitos para ser sociedad laboral

Por último, el art. 12.5 LSLP señala que las acciones y participaciones propias no computarán a los efectos de determinar si se cumple el requisito de su artículo 1.2.a) relativo a que los socios de la clase laboral deben ostentar más de la mitad del capital social (con lo que no se penaliza la tenencia de autocartera para cumplir dicho requisito), siendo un botón de muestra más de la apuesta en las sociedades laborales por el acceso de los trabajadores con contrato indefinido al capital social, ya que de otra forma la sociedad podría perder, por la adquisición de acciones o participaciones propias, su calificación como sociedad laboral (art. 15 LSLP) sin perjuicio de los plazos que la propia LSLP concede para regular el incumplimiento de esa mayoría de los socios de clase laboral.

Veámoslo con un ejemplo; si tenemos un capital de 10.000 euros, compuesto por 10.000 participaciones de un euro y además la sociedad pose 1.000 participaciones propias (es decir un diez por ciento de autocartera), será necesario que el porcentaje del capital social de los socios de la clase laboral alcance no más de la mitad del capital social (lo que exigiría ostentar al menos 5.001 participaciones) sino la mitad del capital social una vez deducida la autocartera, esto es 10.000 participaciones totales menos 1.000

en autocartera: 9.000, es decir, más del 50% de esta última cifra que permite que sea suficiente que los trabajadores ostenten 4.501 participaciones respecto a esos 9.000 euros una vez excluida la autocartera.

Al no computar las acciones o participaciones propias para cumplir los requisitos de participación, se podría evitar, en ocasiones, el incumplimiento de los mismos adquiriendo autocartera a los socios que pudieran estar interesados en su venta. Si partiendo del ejemplo anterior, consideramos que el capital social está compuesto por 10.000 participaciones y que 4.750 son propiedad de los socios trabajadores con contrato indefinido y las 5.250 restantes son de la clase general, resultaría que se incumpliría que las primeras fueran mayoría. En dicho caso, además de otras soluciones (ampliación de capital de la clase laboral, reducción de la clase general, compraventas por trabajadores con contrato indefinido a los socios de la clase general) se podría solventar el incumplimiento ofreciendo la compra por la propia sociedad a socios de la clase general en autocartera. De esa forma, si se compraran 750 participaciones de esta última clase tendríamos, 4.750 participaciones de la clase laboral, 4.500 de la clase general y las 750 restantes en autocartera, que como no computan para el régimen de mayoría de participación de la clase laboral se podría considerar cumplido sin necesidad de nuevas aportaciones de los socios de la clase laboral (más de la mitad del capital social menos la autocartera, esto es 9250 permitiría superar el cincuenta por ciento de esta cifra con más de 4625), siendo la propia sociedad quien las adquiriría para su posterior transmisión a los socios de la clase laboral y, en su defecto, podrían ser amortizadas voluntariamente pues no superan el veinte por ciento del capital social.

IV. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE ASISTENCIA FINANCIERA EN LAS SOCIEDADES LABORALES

1. Concepto de asistencia financiera

El concepto de asistencia financiera podemos deducirlo a sensu contrario de la prohibición contenida respecto a la misma en la LSC y supone que la sociedad anticipe fondos, conceda créditos o préstamos, preste garantías o facilite cualquier tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus propias acciones o de acciones o participaciones de su sociedad dominante y/o de sociedades del grupo al que pertenezca (arts. 143.2 y 150.1 LSC). Aunque el art. 150.1 LSC, para las SA, establece la prohibición de asistencia financiera respecto de la referida adquisición por «un tercero», lo que

permitiría la asistencia financiera a favor de un socio en la medida que no es un tercero extraño a la sociedad, no se advierten argumentos para la diferencia de trato, que cuando se ha considerado necesaria se ha regulado expresamente como ocurre con la excepción de la financiación de la adquisición de acciones propias al personal o a las operaciones bancarias (art. 150. 2 y 3 LSC).

La asistencia financiera está restringida, como vimos al inicio de este capítulo, por razones análogas a las referidas en relación a la autocartera, ya que si la sociedad de capital, financia a cualquier interesado en la compra de sus acciones o participaciones, éste se estaría financiando no con sus activos sino con el propio patrimonio de la Sociedad⁴⁰, a lo que añade MORALEJO, I. (2011), que en el orden político se trata de prevenir que los administradores de la sociedad faciliten la adquisición de la condición de socios a terceros que sean de su confianza, con la incidencia que esta circunstancia puede llegar a tener en la toma de decisiones.

La prohibición de asistencia financiera impide, además, la adquisición de una sociedad por un inversor sin satisfacer ni desembolsar precio alguno, si la sociedad (y no una entidad financiera) es la que bien le presta el dinero o la que otorga garantías (v.gr. como hipotecante no deudor en un préstamo bancario). Este tipo de operaciones son denominadas «adquisiciones apalancadas»⁴¹. Cuestión que el legislador ha perseguido especialmente por los motivos antes referidos y que incluso conlleva un régimen especial en los supuestos de fusión de la sociedad adquirente con la sociedad adquirida regulado en el art. 35 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME)⁴².

⁴⁰ La sociedad al financiar la adquisición de sus propio capital asumiría el riesgo de que una vez financiada la operación el adquirente de acciones de la sociedad resultara insolvente y por tanto el crédito resulte incobrable. Además, si la Sociedad solo pudiera ser reintegrada con la ejecución de las acciones o participaciones ello podría suponer que la misma terminara adjudicándose las acciones o participaciones propias y por tanto el no deseado régimen de autocartera más arriba expuesto. REPETIDO.

⁴¹ Vid. Palomero Benazarraf, A. & Sanz Bayón, P. (2013).

⁴² El art. 35 LME, refuerza los requisitos para que se pueda realizar una fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente, fijando las reglas para el caso de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de impor-

2. Régimen jurídico de la asistencia financiera en la LSC

En la LSC, la prohibición de la asistencia financiera es absoluta para las SL que no pueden anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por alguna sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca (art. 143 LSC), mientras que para las SA se prevén dos excepciones, una respecto de las operaciones efectuadas por bancos y demás entidades de crédito en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social⁴³, y otra que guarda cierta relación con el régimen especial establecido por la LSLP para las sociedades laborales, al establecer que la prohibición de asistencia financiera no se aplicará a los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de las acciones de la propia sociedad o de participaciones o acciones de cualquier otra sociedad perteneciente al mismo grupo (art. 150.2 LSC). De esta forma, las SAL si la LSLP no contuviera regulación en materia de asistencia financiera podrían acogerse a la LSC para permitir la adquisición de sus acciones por los trabajadores, si bien sin establecer prioridades a favor de los que no son socios.

3. Especialidades del régimen jurídico para las sociedades laborales en materia de asistencia financiera

Para García Ruiz, E. (2017), se supera para las sociedades laborales la natural reticencia por parte de la doctrina, reflejada también en la legislación societaria, que con carácter general impide que la sociedad preste ayuda financiera a sus socios para adquirir sus propias acciones o participaciones. Y así, la LSLP no efectúa distinción alguna entre SAL y SLL, y para ambas se indica que podrán anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías o facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias acciones o participaciones por los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido que no sean socios (Art. 12.4 LSLP).

tancia por su valor patrimonial, siendo necesario, además, el informe de experto independiente.

⁴³ Siempre que se sufraguen con cargo a bienes libres de la sociedad y en el patrimonio neto del balance, la sociedad deberá establecer una reserva equivalente al importe de los créditos anotados en el activo.

Se beneficia especialmente a las SLL que sin el régimen especial para las sociedades laborales carecería de la previsión de la LSC que en las SA facilita la adquisición de participaciones por el personal de la empresa. Por el contrario, los perjudicados por el régimen especial de la LSLP son los trabajadores con contrato indefinido que ya sean socios en las SAL ya que solo se exceptiona en la LSLP la adquisición de acciones o participaciones de la sociedad laboral por los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido *que no sean socios*, luego no es de aplicación ni para los trabajadores que ya sean socios, ni tampoco para los no socios que no tengan contrato por tiempo indefinido, que con la aplicación de la LSC podrían obtener la asistencia financiera de la sociedad. Pese al carácter subsidiario de la LSC, entendemos que la especialidad prevista en la LSLP impide la aplicación a las SAL del régimen general de las SA contenido en la LSC.

Sin perjuicio de dicho matiz regulatorio, existe para las sociedades laborales, en particular para las SLL, una mayor permisividad a favor de las operaciones de financiación para la adquisición de acciones o participaciones por parte de los trabajadores con contrato indefinido que no sean socios.

4. Inexistencia de régimen jurídico propio para las sociedades laborales en materia de aceptación en garantía de acciones o participaciones propias

La regulación de la asistencia financiera en la LSC va acompañada de un régimen restrictivo de la aceptación por la sociedad en garantía de acciones o participaciones propias (arts. 143.1 y 149.1 LSC). Dicha restricción es absoluta en la S.L., mientras que la S.A. podrá aceptar en prenda o en otra forma de garantía sus propias acciones, o las participaciones creadas o las acciones emitidas por la sociedad dominante, dentro de los límites y con los mismos requisitos aplicables a la adquisición de las mismas y por tanto el límite máximo del veinte por ciento sobre el capital social⁴⁴.

⁴⁴ Se establece, además, la misma excepción que en materia de asistencia financiera respecto de las operaciones hechas en el ámbito de las actividades ordinarias de los bancos y demás entidades de crédito y se establecerá en el patrimonio neto una reserva indisponible equivalente al importe de las participaciones o acciones de la sociedad dominante computado en el activo. Esta reserva deberá mantenerse en tanto las participaciones o acciones no sean enajenadas. El régimen de las acciones propias previsto en el art. 148 LSC será de aplicación, en cuanto resulte compatible, a las participaciones o acciones poseídas en concepto de prenda o de otra forma de garantía.

En ambos casos, se trata de controlar que si un socio adeuda cantidad alguna a la sociedad y le ofrece en garantía las acciones o participaciones de la propia sociedad, que en el caso de que fuera ejecutada dicha garantía la sociedad no resulte propietaria de sus propias participaciones en la S.L. y hasta el máximo de autocartera permitida en las S.A.

Contrariamente a la adquisición de acciones propias y a la permisividad de la asistencia financiera para los trabajadores con contrato indefinido, no se establece ninguna especialidad para las sociedades laborales en la LSLP que no regula el régimen de aceptación en garantía de acciones o participaciones propias, por lo que les es de aplicación la referida prohibición de la LSC con carácter subsidiario. En cualquier caso, no existirían razones para permitir este tipo de garantías ni siquiera a los trabajadores, sea o no socios de la sociedad laboral, en cuanto la deuda garantizada no tendría su razón de ser en la adquisición de acciones o participaciones por los trabajadores.

Bibliografía

- ÁVILA NAVARRO, P. (2008). *La Sociedad Limitada, Tomo I, Constitución. Estatutos. Aportaciones. Participaciones. Junta General. Administración*, Barcelona: Ed. Bosch.
- BARRERO RODRÍGUEZ, E. (2015). «Consideraciones sobre la reforma del régimen legal de las sociedades laborales», *Revista de Derecho de Sociedades*, 45, 249-289.
- BONARDELL LENZANO, R. & CABANAS TREJO, R. (2009). *La reducción del capital social en la sociedad de responsabilidad limitada*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DEL BUSTO MÉNDEZ, J. (2010). «Constitución de reservas indisponibles en operaciones sobre acciones propias», *CISS Técnica Contable*, 25-29.
- FERNÁNDEZ DAZA, E. & RAMÓN DANGLA, R. (2013). «Las empresas de economía social en España y su responsabilidad social», *Revista Contable*, 78-89.
- GARCÍA-CRUCES, J. A. (2011). «Sección 1ª Adquisición Originaria. Art. 134 Prohibición», en A. ROJO & E. BELTRÁN (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Tomo II* (pp. 1051-1055), Navarra: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (2009). «Lección 14. La Sociedad Anónima. Las Acciones. Las obligaciones». En A. MENÉNDEZ (Dir.) *Lecciones de Derecho Mercantil* (pp. 343-364, Cizur Menor: Aranzadi.
- GARCÍA RUIZ, E. (2017). «El régimen societario de las sociedades laborales en la nueva ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas», *Revista de Estudios Cooperativos*, 123, 1-30.
- (2013). «El régimen legal de las sociedades laborales sometido a revisión», *Revista de Derecho de Sociedades*, 41, 249-279.
- IGLESIAS, J. L. (2009). «Lección 15. La sociedad de responsabilidad limitada: Las participaciones sociales». En A. MENÉNDEZ (Dir.) *Lecciones de Derecho Mercantil* (pp. 365-387, Cizur Menor: Aranzadi.

- MORALEJO, I. (2011). «Art. 143 Negocios prohibidos a la sociedad de responsabilidad limitada», en A. ROJO & E. BELTRÁN (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Tomo II* (pp. 1096-1103), Navarra: Civitas.
- PALOMERO BENAZARRAF, A. & SANZ BAYÓN, P. (2013). «Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 3, 2-26.
- PANIAGUA ZURERA, M., (2015). «La singularidad tipológica de la sociedad laboral y su legislación adecuada. (A propósito de la Proposición de ley de sociedades laborales de Confesal y de la aplicación judicial de la Ley 4/1997, de sociedades laborales)», *Revista de Derecho de Sociedades*, 44, 171-232.
- VELASCO SAN PEDRO, L. (2009). «Capítulo IV. Régimen de las participaciones sociales, Sección 4ª Adquisición de las propias participaciones», en I. ARROYO & J. M. EMBID & C. GÓRRIZ (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, (pp. 544-603) Madrid: Tecnos.
- (2011). «Los negocios sobre las propias participaciones y acciones», *Revista de Derecho de Sociedades*, 1, 123-132.
- VILLACORTA HERNÁNDEZ, M. A. (2010). «Nivel de disponibilidad de los recursos de neto», *Rev. CEFLEGAL*, 110, 17-60.
- (2008). «Aspectos mercantiles y contables de la autocartera», *Rev. Ciss Técnica Contable*, 709, 44-54.

La asistencia financiera de la sociedad para la adquisición de acciones o participaciones propias por sus trabajadores

RAFAEL MARIMÓN DURÁ

*Profesor Titular de Derecho Mercantil, Acreditado a Catedrático
Universitat de València*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL RÉGIMEN GENERAL DE PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA PARA LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES O PARTICIPACIONES DE LA PROPIA SOCIEDAD Y SUS EXCEPCIONES. III. LA EXCEPCIÓN CONTEMPLADA EN EL ART. 150.2 TRLSC EN RELACIÓN CON EL «PERSONAL DE LA EMPRESA». 1. Fundamento de la norma permisiva. 2. Ámbito y condiciones de aplicación de la exención. IV. LA ASISTENCIA FINANCIERA PREVISTA EN EL ART. 12 DE LA LEY 44/2015, DE SOCIEDADES LABORALES Y PARTICIPADAS, Y SU INTEGRACIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL. 1. Fundamento de la norma. 2. Características de la norma. 2.1. Ámbito de aplicación. 2.2. Patrimonio utilizable para realizar la asistencia financiera. 2.3. Formas de llevar a cabo la asistencia financiera. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La asistencia financiera al socio para la adquisición de acciones o participaciones sociales es una técnica prohibida, como regla general, tanto en el ordenamiento español como en el Derecho comunitario, por mandato de la II Directiva europea en materia de sociedades¹. Sin embargo, las propias normas que establecen esta prohibición fijan dos excepciones a la misma. Así, se permite la asistencia financiera cuando se realiza en favor del personal de la empresa y también cuando se lleva a cabo por una entidad de crédito en el ámbito propio de su objeto social, con determinados límites o cortapisas.

A esta regulación general de la materia ha venido a superponerse el art. 12.4 de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas (en adelante, Ley 44/2015 o LSLP), que introduce una autorización

¹ Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976 (DOCE L 26/1, de 31 de enero de 1977).

de prestar asistencia financiera a los trabajadores con contrato indefinido para que puedan adquirir títulos sociales, entre las normas que la ley especial dedica a los negocios sobre las propias acciones o participaciones sociales.

La norma especial obedece a la intención de propiciar la participación financiera de los trabajadores en la sociedad, señalada por distintas disposiciones jurídicas de la Unión Europea y de otras instancias internacionales como una vía conveniente y deseable de mejora de la implicación del trabajador en el ámbito de poder de decisión de la empresa de la que forma parte. En su redacción presenta evidentes concomitancias con la regulación general de la materia, pero, al mismo tiempo, notables diferencias que hemos de examinar en el presente trabajo. Para ello partiremos del análisis de la regulación general, antes de analizar el régimen específico que establece el art. 12.4 de la Ley 44/2015.

II. EL RÉGIMEN GENERAL DE PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA PARA LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES O PARTICIPACIONES DE LA PROPIA SOCIEDAD Y SUS EXCEPCIONES

Tal como establece el art. 150.1 TRLSC, la sociedad anónima no puede anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero. La norma proviene del anterior art. 81.1 TRLSA de 1989, que, a su vez, tiene origen en el art. 23 de la II Directiva comunitaria en materia de sociedades². Una norma similar se introduce en el art. 40.5 LSRL de 1995 —actual art. 143.2 TRLSC—³.

² Según el primer apartado de esta norma: «Una sociedad no podrá adelantar fondos, ni conceder préstamos, ni dar garantías para la adquisición de sus acciones por un tercero».

³ Entre ambas normas existen, no obstante, algunas diferencias que ha resaltado la doctrina (por ejemplo, últimamente, Castro Valdivia [2017, p. 805]). Así, mientras el art. 150.1 TRLSC prohíbe la asistencia financiera para la adquisición de acciones propias o acciones y participaciones de «otras sociedades del grupo» de la asistente, la prohibición del art. 143.2 del mismo texto legal se refiere a la asistencia para la adquisición de participaciones propias o de acciones o participaciones emitidas por «la sociedad dominante». Por otra parte, la lista de operaciones consignadas en el art. 143.1 TRLSC incluye alguna más que las del art. 150.1 TRLSC, aunque esta diferencia es irrelevante, pues en ambos casos la intención del legislador es la de consignar listas meramente enunciativas.

Con esta disposición contenida en la Directiva el legislador comunitario opta por un sistema muy riguroso de control de la asistencia financiera para la adquisición de acciones propias, inspirado en el modelo de prohibición absoluta, ensayado previamente en Gran Bretaña e Italia en la primera mitad del siglo XX, como medio de prevenir la realización de determinadas prácticas susceptibles de poner en peligro la integridad del patrimonio social, tales como las adquisiciones apalancadas de empresas⁴, y otro tipo de conductas con finalidades espúreas⁵.

⁴ Las adquisiciones apalancadas estuvieron en el punto de mira del legislador a la hora de establecer las primeras normas prohibitivas, tal como indica Flores Doña (2002, p. 67) en la siguiente descripción: «Con la concesión de préstamos a terceros (normalmente por un Banco), éstos podrían adquirir acciones de una determinada sociedad, en número suficiente para hacerse con el “control” de la misma y, de esta manera, el adquirente podría devolver fácilmente el importe del préstamo bancario con cargo al patrimonio de la sociedad (ya en concepto de un préstamo que se concedía al accionista en cuestión, bien a través de una distribución extraordinaria de dividendos). Los peligros de esta operación para los intereses de los acreedores de la sociedad pasaban a ser una realidad, porque con esta fórmula se facilitaba la suscripción de los títulos con ocasión de un aumento de capital, aunque al realizarse con cargo al patrimonio de la sociedad se reducía el límite de la garantía de sus acreedores, de modo similar a si la sociedad hubiera adquirido sus propias acciones».

⁵ Como señala Fernández del Pozo (1992, p. 81), en el argumentario de tales disposiciones se alude a «que mediante la financiación suministrada por la sociedad para adquirir las propias acciones podían seguirse propósitos especulativos de alteración maliciosa de las cotizaciones en el mercado de capitales (...). Además, si la financiación se entendía como operación incluida dentro de las facultades de gestión y representación de los administradores en el giro y tráfico de la empresa, éstos podían aprovechar la ocasión para conseguir una clientela agradecida por el beneficio financiero conferido alterando en su provecho el equilibrio de poderes dentro de la sociedad. En fin, la financiación dirigida a la adquisición de propias acciones entrañaba peligros para la integridad del capital en perjuicio del derecho de acreedores». Algunas de estas ideas siguen manteniéndose en la jurisprudencia actual. Así, según las STS de 20 de julio de 2010 (RJ 2010/6563), la prohibición de asistencia financiera para la adquisición con acciones propias «trata de evitar el riesgo de que la adquisición de acciones se financie con cargo al patrimonio de la propia sociedad cuyo capital en aquellas se representa. Se inspira la prohibición en la idea de que constituye un uso anómalo del patrimonio social aplicarlo a la adquisición de las acciones de la financiadora o de la que sea su sociedad dominante». Por su parte, la STS 2 de julio de 2012 (RJ 2012/10124), tras citar y hacer suyo el párrafo transcrito de la sentencia anterior, enuncia algunos de los objetivos que la doctrina atribuye a la prohibición: «la doctrina apunta, entre otras, a la defensa de la integridad del capital social entendido como cifra fijada en los estatutos que opera como cifra de retención en el

Sin embargo, en estos países se había producido una evolución posterior hacia un sistema más flexible, debida en buena medida a una interpretación laxa de las normas por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, tendente a compaginar la protección del patrimonio de cobertura del capital social con el interés de los operadores económicos en contar con instrumentos eficaces de concentración empresarial⁶. Pero este desarrollo de la regulación británica e italiana no fue tenido en cuenta, al menos en un primer momento, por la regulación comunitaria ni, en consecuencia, por la mayoría de los países en los que la misma había sido transpuesta, aun cuando posteriormente la modificación del art. 23 de la II Directiva, operada por la Directiva 2006/68/CE, haya establecido un régimen más flexible⁷.

Balance de un sistema contable estático, a fin de que el mismo se integre por aportaciones externas a la propia sociedad y que no se burle la prohibición de adquirir las propias acciones mediante la financiación de su adquisición por terceros; impedir que se ponga en riesgo la solvencia patrimonial de la sociedad; poner coto a posibles abusos que los gerentes y administradores y evitar que se emplee con una finalidad especulativa». A lo anterior, la SAP de Palma de Mallorca, Sec. 5ª, de 2 de septiembre de 2013 (Id Cendoj: 07040370052013100345) añade que «al margen de reforzar la efectividad de la disciplina sobre adquisición de acciones propias, esta prohibición quiere evitar los peligros que la asistencia financiera comporta por sí sola: en un plano patrimonial, el adquirente de las acciones se estaría financiando con cargo al propio patrimonio social; y en el orden administrativo, los administradores podrían facilitar la adquisición de la condición de socios a personas de su confianza».

⁶ Por ejemplo, la regulación inglesa ha evolucionado hacia una delimitación más restringida de los elementos definitorios de la asistencia financiera, fijándose determinados presupuestos normativos a los que se somete el juego de la prohibición, tales como que la finalidad principal y clara de la asistencia financiera sea la de adquirir acciones, que la asistencia financiera no se realice de buena fe y en interés de la sociedad y que reduzca sensiblemente los activos netos de ésta (Flores Doña, 2002, pp. 68-69). Esta reducción del supuesto de hecho produce una aplicación más restringida de la consecuencia jurídica de la norma prohibitiva.

⁷ El nuevo art. 23 de la Directiva establece un régimen mucho más flexible en el que aparece prevista expresamente la posibilidad de que la legislación de los Estados miembros permita a una sociedad adelantar fondos, conceder créditos o dar garantías, etc. para la adquisición de sus acciones por un tercero, sometiendo dicha asistencia financiera a una serie de requisitos, en especial, a que las transacciones correspondientes se lleven a cabo en «condiciones de mercado justas» (véase, Castro Valdivia, 2017, p. 830). La recepción de esta posibilidad se ha planteado en nuestro país con motivo de la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, aunque finalmente no se haya traducido en la reforma de la norma de referencia del TRLSC. Sobre esta cuestión, con especial referencia a la operación de fusión apalancada, véase Martí

En este contexto tan restrictivo se sitúa también la regulación de la materia actualmente vigente en España. En sede de sociedades anónimas la prohibición se incluye entre las normas dedicadas a los negocios sobre las acciones propias (art. 150 TRLSC, que sustituyó al art. 81 TRLSA) y se extiende a cualquier tipo de asistencia financiera prestada por la sociedad a un tercero para la adquisición de las propias acciones o de las acciones de su sociedad dominante. No rige la prohibición, sin embargo, cuando dicha asistencia financiera se preste al personal de la empresa (art. 150.2 TRLSC, anterior art. 81.2 TRLSA) o cuando se lleve a cabo por «bancos y demás entidades de crédito en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social que se sufraguen con cargo a bienes libres de la sociedad» (art. 150.3 TRLSC, anterior art. 81.3 TRLSA)⁸. A la vista de las dos excepciones apuntadas podría afirmarse que el sistema adoptado no es de prohibición absoluta sino, más bien, de prohibición relativa. A pesar de ello la doctrina pone en tela de juicio la norma, especialmente por su rigidez y su descoordinación con el régimen de la adquisición de acciones propias⁹.

Dada la técnica adoptada, estas normas pretenden servir al interés de los terceros acreedores en el mantenimiento de las condiciones de solvencia de la sociedad y al interés de los socios de que los elementos que componen el patrimonio de la misma se destinen al desarrollo de su objeto social¹⁰. Pero la defensa a ultranza de este grupo de intereses parece ceder o, al menos relativizarse, en los supuestos excepcionados por la norma, especialmente en el relativo a la asistencia financiera al «personal» de la sociedad¹¹, en que ad-

Moya, 2010, pp. 613 y 622. La refundición del texto normativo operada por la Directiva 2012/30/UE incide en la materia, estableciendo una serie de cautelas a que debe someterse la prestación de asistencia financiera y que tienen que ver con la actuación de los órganos sociales y con sus límites económicos, singularmente el de la utilización de bienes libres (Gimeno Ribes, 2015, pp. 105-114).

⁸ La STS de 6 de junio de 2002 (RJ 2002, 4874) enjuicia un supuesto de concesión de un crédito por un banco para la adquisición de sus propias acciones por el acreditado. Acogiéndose a la excepción establecida por la Ley el Tribunal Supremo considera que esta operación no tiene una causa ilícita.

⁹ Por todos, Flores Doña (2002, p. 67).

¹⁰ En palabras de Fernández del Pozo (1994, p. 172), referidas al art. 81 LSA, la razón de la norma «hay que buscarla en el riesgo asumido por la sociedad por causa del negocio de asistencia financiera para lo cual se distraen de la explotación del objeto social recursos no aplicados a otros propósitos más útiles y convenientes». En términos similares, Vicent Chuliá, 2007, p. 368; Moralejo, 2011, p. 1151; o, más recientemente, Castro Valdivia, 2017, p. 829.

¹¹ La excepción en favor de entidades de crédito mantiene dos medidas de cautela, que no se imponen, al menos de forma expresa, en el otro caso: que la financia-

quiere preponderancia el interés en fomentar o promover la participación de los trabajadores en la propiedad de los medios de producción.

La apuntada flexibilización no se reproduce, en cambio, en el régimen previsto para las sociedades de responsabilidad limitada. En efecto, el art. 143.2 TRLSC —procedente del anterior art. 40.5 LSRL— adopta el sistema de prohibición absoluta de prestar asistencia financiera para la adquisición de participaciones de la propia sociedad o de participaciones o acciones emitidas por otra sociedad del grupo al que pertenezca la sociedad asistente, sin establecer ningún tipo de excepción¹². Por lo tanto, no se puede hablar, en el caso de las limitadas, de un sistema dual. La prohibición se impone de la forma más absoluta para todas las modalidades de asistencia financiera¹³.

III. LA EXCEPCIÓN CONTEMPLADA EN EL ART. 150.2 TRLSC EN RELACIÓN CON EL «PERSONAL DE LA EMPRESA»

La primera de las excepciones al régimen de prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias es aquella que permite realizar la operación en favor de los trabajadores de la empresa. En concreto, según establece el art. 150.2 TRLSC, la prohibición establecida en el apartado primero de la norma «no se aplicará a los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de las acciones de la propia sociedad o de participaciones o acciones de cualquier otra sociedad perteneciente al mismo grupo»¹⁴.

ción se lleve a cabo en el desarrollo del objeto social de la entidad y que se haga con cargo a elementos patrimoniales libres, es decir, aquellos que no estén afectos a la cobertura del capital social, reservas obligatorias y demás *ratios* impuestas por el ordenamiento para asegurar la solvencia económica de las entidades de crédito.

¹² En este caso sí puede hablarse en propiedad de una prohibición absoluta, dado que se aplica a todos por igual, siempre y cuando la asistencia financiera se destine a la adquisición de participaciones propias, etc.

¹³ Nótese que la última parte del precepto legal se aparta respecto al régimen contenido en el art. 81.1 TRLSA, para incluir dentro del ámbito material de la norma prohibitiva, no solo las acciones o participaciones de su sociedad dominante sino también las de cualquier sociedad de su grupo. De este diferente texto destaca, por una parte, la ampliación del ámbito de aplicación de la norma prohibitiva y, por otra, la alusión al grupo sin especificar qué debe entenderse por tal en este contexto.

¹⁴ La extensión de la norma permisiva a la adquisición de acciones o participaciones de las otras sociedades del grupo es acertada, por cuanto permite superar los es-

1. Fundamento de la norma permisiva

La excepción contemplada en el apartado 2 del art. 23 de la II Directiva europea en materia de sociedades y traspuesta posteriormente a nuestro ordenamiento por medio del art. 81.2 TRLSA se enmarca en las políticas desarrolladas por algunos Estados e instituciones internacionales tendentes a promover una mayor participación de los trabajadores en los procesos de toma de decisión de las empresas a las que pertenecen. En el contexto comunitario entronca con los trabajos realizados en el marco de la política de fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y en los resultados de la empresa (PEPPER), que han dado lugar a una sucesión de informes, cuyas conclusiones se recogen posteriormente en diversas recomendaciones. Aparece en primer lugar el denominado PEPPER I, con el título «Promotion of employee participation in profits and enterprise results», que se publica en marzo de 1991 por la Comisión y el Instituto Universitario Europeo¹⁵ y en el que se propugna la necesidad de que los trabajadores tengan acceso a parte de los beneficios generados por la empresa mediante distintas formas de participación como la adquisición de acciones y otros valores, fondos de inversión o pagos en especie. Este documento ha tenido continuidad en otros tres informes posteriores dentro de la misma política¹⁶ y en otras iniciativas de las instituciones comunitarias que han mantenido viva la cuestión hasta nuestros días¹⁷.

trechos márgenes de la personalidad jurídica, para que se puedan beneficiar de la medida los trabajadores que hayan invertido en cualquier sociedad perteneciente a la empresa grupal o policorporativa.

¹⁵ *Europa Social*, supl. 3/1991, Bruselas, 1991.

¹⁶ El Informe PEPPER II de la Comisión, de 8 de enero de 1997, titulado «Fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa (incluida la participación en el capital) en los Estados miembros» (COM(1996)0697); el Informe PEPPER III, titulado «Fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa en los nuevos países miembros y los países candidatos de la Unión Europea»; y el Informe PEPPER IV, titulado «Comparación de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa en los países miembros y candidatos de la Unión Europea», los dos últimos publicados en junio de 2006 y octubre de 2009, respectivamente, por la Universidad Libre de Berlín.

¹⁷ A la vista de los anteriores informes y de otros textos sobre la materia, el posterior Informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento europeo sobre «la participación financiera de los trabajadores en los beneficios de las empresas» (2013/2127(INI)) pide a la Comisión y a los Estados miembros que estudien medidas oportunas para alentar a las empresas a que, de forma voluntaria, desarrollen y ofrezcan sistemas de PFT (participación financiera de los trabajado-

En todos estos documentos se pone de manifiesto, en definitiva, la evolución desde una concepción radical-capitalista de la economía hacia otra neocapitalista, con la asunción de los aspectos positivos que representa una mayor participación de los trabajadores en la empresa, en sus distintas vertientes, y en particular mediante el acceso la propiedad indirecta de los medios de producción¹⁸. Se trata de una preocupación reiterada y de una materia recurrente en el ámbito de la Unión Europea.

En el ámbito nacional, la norma encuentra su *ratio iuris* en la prescripción constitucional consagrada en el art. 129.2 de nuestra Carta magna, a cuyo tenor «los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán mediante una legislación adecuada las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción». El precepto no se limita, pues, a realizar una mera declaración programática, sino que incluye un auténtico deber de fomento de la participación de los trabajadores en la empresa a cargo de los poderes públicos¹⁹.

Se ha apuntado asimismo que en la disposición existe una lógica económica subyacente, que tiene que ver con el establecimiento de vías de escape que permitan la continuación de la empresa cuando existe una imposibilidad por parte de los socios originarios²⁰. De hecho no faltan ejemplos en la práctica cotidiana en que los trabajadores, actuando en interés propio, dan continuidad a una pequeña o mediana empresa destinada a liquidarse, tras haber sufrido un proceso crítico debido a dificultades económicas o a la inexistencia de sucesores para sus fundadores.

res), abiertos a todos los trabajadores sin discriminación, teniendo en cuenta la situación específica de las PYME y las microempresas. Más recientemente, en su Resolución de 19 de enero de 2017 sobre un pilar europeo de derechos sociales (2016/2095(INI)), el Parlamento Europeo ha recordado las ventajas de implicar a los trabajadores en la toma de decisiones y la gestión de las empresas para hacer buen uso de las nuevas formas de organización del trabajo y para anticipar los cambios económicos, citando las empresas de economía social, como las cooperativas, como un buen ejemplo de cómo crear empleo de calidad, para apoyar la inclusión social y promover una economía participativa.

¹⁸ Bayona Giménez, 2002, pp. 351-354 y 358.

¹⁹ Fernández del Pozo, 1992, pp. 814-815; Alonso Espinosa, 1997, pp. 73-74; Paz-Ares y Perdices Huetos, 2003, p. 477.

²⁰ Gimeno Ribes, 2015, en esp. p. 133.

Aparte de lo anterior se han señalado, como finalidades complementarias de la norma, la mejor integración de los trabajadores en la empresa en la que prestan sus servicios²¹, el aumento de la productividad o la reducción de la conflictividad laboral²².

2. *Ámbito y condiciones de aplicación de la exención*

Entrando ya en la interpretación de la norma, lo primero que hay que destacar es que circunscribe la excepción a la prestación de asistencia financiera para la adquisición de acciones de sociedades anónimas, pues, como se ha comentado anteriormente, no existe una regla parangonable respecto a las sociedades limitadas en el art. 143 TRLSC, que es el que establece la prohibición equivalente para este tipo social.

La segunda cuestión que llama la atención es el concepto poco técnico que se utiliza para delimitar el elemento subjetivo de la regla permisiva, pues la Ley no se refiere a los trabajadores, dependientes o empleados, sino al «personal de la empresa», siguiendo la expresión adoptada por la II Directiva en materia de sociedades, que mediante la misma quiso confiar a los ordenamientos nacionales la tarea de fijar los extremos de detalle²³. Pero nuestro ordenamiento, al reproducir la norma en su literalidad, ha dejado la tarea pendiente, lo cual ha exigido la realización de una especial labor interpretativa a cargo de la doctrina y la jurisprudencia.

Por regla general, el término «personal» se identifica con el de trabajador dependiente, tal como aparece caracterizado en el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores²⁴. Como es sabido, este precepto delimita el ámbito de aplicación subjetivo de la disposición laboral abarcando a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. Pero la norma no distingue el tipo de contrato de trabajo que aquéllos deben tener con la sociedad, lo cual conduce a pensar, a nuestros efectos, que el trabajador podrá ser beneficiario de la asistencia financiera prestada por la sociedad para la ad-

²¹ Vázquez Iruzubieta, 2010, p. 304.

²² Así, Vaquerizo Alonso, 2003, pp. 515-516; Paz-Ares y Perdices Huetos, 2003, p. 473.

²³ Fernández del Pozo, 1992, p. 844.

²⁴ Bayona Giménez, 2002, pp. 351-354 y 358; Flores Doña, 2002, 292; Castro Valdivia, 2017, p. 835; STS de 20 de julio de 2010 (RJ 2010/6563).

quisición de las acciones societarias, sea cual fuere modalidad contractual que articula la relación laboral²⁵. Esta interpretación amplia es congruente con las recomendaciones del Parlamento europeo a los Estados miembros de que los regímenes de participación financiera «se amplíen a todas las categorías de trabajadores y, concretamente, a los trabajadores a tiempo parcial o duración limitada»²⁶.

En el lado opuesto, se ha planteado si el término permite incluir al «personal de alta dirección». Si nos ceñimos al criterio que marca el Estatuto de los Trabajadores, la de alta dirección constituye una relación laboral especial (art. 2.1 ET)²⁷, siempre que no tenga cabida en el criterio de exclusión que establece el art. 1.3.c), referido a «la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo». Aunque la diferenciación no resulta fácil, parece que ha de incluirse en el concepto, con carácter general, al personal de alta dirección, pero no así a los miembros del órgano de administración cuya vinculación con la sociedad se encuentre completamente alejada de los principios de ajenidad y dependencia, en coherencia con la delimitación negativa contenida en el apartado 3.c) de la norma²⁸ y ello aun cuando haya podido celebrarse con ellos un contrato de alta dirección, sujeto al RD 1382/1985²⁹.

²⁵ Una parte de la doctrina aboga, incluso, por la extensión del concepto a determinados trabajadores autónomos: «La racionalidad del art. 129.2 CE y la del art. 23.2 Segunda Directiva CEE están dirigidas a integrar el factor trabajo en la titularidad del factor capital, y en ese sentido es evidente que dentro de él deben tener cabida aquellos trabajadores autónomos —en ocasiones por capricho del legislador— cuya labor en el seno de la empresa se desarrolla bajo la organización y dirección de la gerencia» (Paz-Ares y Perdices Huetos, 2003, p. 473).

²⁶ Recomendación 9 de la Resolución del Parlamento europeo sobre el Informe de la Comisión PEPPER II, de 1997.

²⁷ Está regulada por el RD 1382/1985, de 1 de agosto (BOE núm. 192, de 12 de agosto), afectado posteriormente por la Ley 11/1994, de 19 de mayo y por el RD 451/2012, de 5 de marzo.

²⁸ Bayona Giménez, 2002, pp. 365 y 371.

²⁹ La STS de 20 de julio de 2010 (RJ 2010/6563) admite la consideración como personal de la empresa a los efectos de la norma de autorización tanto de un director financiero como del secretario del consejo de administración no consejero, pero no del consejero delegado, aun cuando había celebrado un contrato de alta dirección bajo la cobertura del RD 1382/1985: «En cuanto al consejero delegado, designado de entre las personas que integraban el consejo, de acuerdo con

El otro aspecto importante al que hemos de hacer mención, aunque sea brevemente, es el relativo al patrimonio con cargo al que se puede llevar a término la asistencia financiera. En concreto, resulta dudoso si resultan de aplicación al supuesto las dos exigencias que impone el apartado 3 del art. 150 TRLSC —anterior art. 81.3 TRLSA— para la prestación de asistencia financiera por las entidades de crédito: que se lleve a cabo con cargo a *bienes libres* del patrimonio social, es decir, con aquellos fondos que excedan de los límites que impone la cobertura de las cifras de retención (capital social y reservas obligatorias), y que se constituya una *reserva* por el importe de los créditos concedidos. Lo que se consigue con la aplicación de estas dos medidas complementarias es una mayor protección contra el impago en la devolución de la deuda por parte del beneficiario de la asistencia, puesto que el patrimonio neto no se verá disminuido y, además, existirá una reserva correspondiente al quebranto sufrido por el impago³⁰.

el llamado sistema monista que sigue nuestro régimen —artículo 141, apartado 1, del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas—, es evidente que el mismo no tiene la condición de personal de Crimidesa, SA —artículo 1, apartado 3, letra c, del Estatuto de los Trabajadores—, con independencia de que hubiera celebrado con ella un contrato de los previstos en el Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto./ Así lo ha puesto de manifiesto esta Sala, en numerosas ocasiones, al tratar de las retribuciones —sentencia de 29 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3184) y las que en ella se mencionan— y así lo ha declarado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo —sentencias de 26 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 1777) y 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 1182), entre otras—./ En la mencionada sentencia de 26 de diciembre de 2007, la Sala Cuarta de este Tribunal, con cita de otras resoluciones propias, declaró que “es cierto que la jurisprudencia admite que esas personas puedan tener al mismo tiempo una relación laboral con su empresa, pero ello sólo sería posible para realizar trabajos que podrían calificarse de comunes u ordinarios; no así cuando se trata de desempeñar al tiempo el cargo de consejero y trabajos de alta dirección (gerente, director general, etc.) dado que en tales supuestos el doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración de la empresa, es decir, que el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección..., de ahí que se incardinan en el mencionado artículo 1.3,c) del Estatuto de los Trabajadores”./ La conclusión a todo lo expuesto es que el único daño antijurídico atribuible a los administradores de Crimidesa, SA se identifica, por aplicación del apartado 2 del artículo 81, con la atribución concedida a su consejero delegado para la adquisición de las acciones, de las que, como se ha repetido, era la financiadora titular».

³⁰ La finalidad de estas exigencias es la de impedir que la sociedad pueda continuar prestando indefinidamente los mismos recursos para sucesivas operaciones de asistencia financiera, puesto que, de no existir, el crédito contra tercero que generase la operación de financiación anterior se integraría en el patrimonio, pudiendo servir de cobertura al capital y las demás atenciones a las que la Ley

La interpretación literal del precepto indica que estos presupuestos sólo son exigibles en relación con la segunda de las exenciones de la prohibición, es decir, la que se refiere a la asistencia efectuada por las entidades de crédito en el marco de las operaciones propias de su objeto social³¹. Sin embargo, existe otra una interpretación teleológico-sistemática que propugna la aplicación de las apuntadas condiciones también a la asistencia en favor del personal de la sociedad. En favor de esta interpretación figuran básicamente dos argumentos: la necesidad de preservar la integridad del capital social en interés de socios y de terceros, que exige extender la limitación a cualquiera de las operaciones de asistencia financiera autorizada, y la coherencia con el régimen de la adquisición derivativa de acciones propias, que presenta una cierta unidad sistemática con el de la regulación de la asistencia financiera³². Es cierto, que, frente a ello, también cabe oponer un argumento finalístico, cual es la conveniencia de fomentar las formas de participación financiera de los trabajadores en la empresa, a través de la adquisición de acciones de la sociedad que le confieran los

confiere la condición de cifras de retención, con la consecuencia última de que todo el patrimonio podría llegar a estar constituido por derechos de crédito contra los beneficiarios de la asistencia financiera. En este sentido, afirma Fernández del Pozo (1992, pp. 831-832) que la prestación de créditos «internos» implica la asunción de un riesgo evidente para la sociedad: «Si no existe limitación de recursos libres, la sociedad podrá repetir tantas veces la operación de crédito como bienes realizables en el activo disponga, hasta convertir todo su activo patrimonial en créditos a los empleados».

³¹ Bayona Giménez (2002, pp. 404-405) sugiere esta interpretación, bajo los auspicios del principio de seguridad jurídica y por considerar que no se dan los presupuestos necesarios para una aplicación analógica del art. 150.3 TRLSC al supuesto de hecho del apartado 2 del mismo precepto, aunque luego introduce determinados matices, al afirmar la existencia de un principio general de protección de la integridad del capital social, que se deduce de la disciplina sobre acciones propias y del régimen general del capital social y en cuya virtud la sociedad deberá realizar la asistencia financiera con fondos libres, aun cuando no sea exigible la correspondiente reserva (p. 406).

³² Basándose principalmente en la aplicación analógica de la regla contemplada en el apartado tercero de la norma y en las reglas sobre adquisición de acciones propias, y en una interpretación conforme al art. 23,II de la II Directiva en materia de sociedades, mantienen esta tesis Fernández del Pozo (1992, pp. 830-834), Paz-Ares y Perdices Huetos (2003, pp. 473-474); sólo en relación con la exigencia de sufragar la asistencia con cargo a fondos libres, Vaquerizo Alonso (2003, pp. 529-530); y, en relación con la reserva del art. 150.3 *in fine* TRLSC, aparentemente, Moralejo (2011, pp. 1154-1155) y Castro Valdivia (2017, p. 836).

correspondientes derechos políticos y económicos³³. En definitiva, se trata de determinar cuál de los dos bienes jurídicos ha de prevalecer.

En cuanto a las operaciones o negocios que abarca la excepción, la lista contenida en el art. 150.2 TRLSC es lo suficientemente amplia como para entender incluida cualquier modalidad crediticia, con independencia de su naturaleza jurídica, así como cualquier instrumento de garantía (personal o real) que permita al beneficiario obtener crédito de un tercero. Ello es así porque contiene una enunciación de negocios u operaciones de carácter abierto en la que se incluye el concepto genérico de la asistencia financiera³⁴, con la finalidad de abarcar cualquier otra figura crediticia no expresamente indicada, así como cualesquiera otros derechos o instrumentos que permitan la adquisición de las acciones, como los derechos de adquisición preferente, warrants, stock options, etc.³⁵. Además de las figuras crediticias al uso, la doctrina ha considerado incluibles en el término asistencia financiera las prestaciones gratuitas, tales como las donaciones, o las que reconocen a los trabajadores una participación en los beneficios de la sociedad, ya computen como gastos o como aplicación de resultados.

IV. LA ASISTENCIA FINANCIERA PREVISTA EN EL ART. 12 DE LA LEY 44/2015, DE SOCIEDADES LABORALES Y PARTICIPADAS, Y SU INTEGRACIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL

La Ley 44/2015 introduce, por primera vez, un régimen especial sobre la asistencia financiera para la adquisición de acciones y participaciones sociales en el ámbito de las sociedades laborales³⁶. No ha de perderse de vista, sin embargo, que estas normas han de cohonestarse con el régimen general contenido en el TRLSC, que tiene la condición de derecho supletorio (Disp. Final 3ª Ley 44/2015), pues las sociedades laborales «son sociedades de capital por su forma y por tanto les son aplicables las nor-

³³ Fernández Fernández (2001, pp. 342-344).

³⁴ Dado que la norma prohibitiva impide realizar «ningún tipo de asistencia financiera» (art. 150 TRLSC), ha de entenderse que, a *sensu contrario*, la excepción que elimina la prohibición permite realizar todo tipo de asistencia financiera (art. 150.2 TRLSC).

³⁵ Castro Valdivia, 2017, p. 831.

³⁶ Viene con ello a corregir una omisión bastante criticada por la doctrina. Por todos, Paz-Ares y Perdices Huetos, 2003, pp. 473-474.

mas relativas a las sociedades anónimas y limitadas» (E. de M. de la Ley de 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas)³⁷.

El apartado 4 del art. 12 de la Ley de 44/2015 reza de la siguiente manera: «Las sociedades laborales podrán anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías o facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias acciones o participaciones por los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido que no sean socios». Se trata, por tanto, de una norma asimilable, en términos generales, a una de las excepciones a la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias que establece el art. 150.3 TRLSC, a que nos hemos referido antes, aunque con determinadas diferencias, como veremos después.

1. Fundamento de la norma

Como es sabido, la sociedad laboral viene caracterizada por la posesión de la mayoría del capital social en manos de los trabajadores por tiempo indefinido. Esta exigencia se ha traducido en la práctica en una diferenciación entre dos tipos de acciones dentro de la sociedad que se mantiene en el régimen actual, las laborales, propiedad de los trabajadores, y las generales, que están en manos de terceros (art. 5 Ley 44/2015)³⁸, aunque nada impide que la totalidad del capital social sea poseído por los trabajadores, la cual cosa eliminaría la utilidad de la clasificación³⁹.

Ello no es sino una manifestación del objeto o finalidad de la Ley de Sociedades Laborales, cual es la de propiciar que, a través de la participación de los trabajadores en el capital social, éstos ostenten el poder de decisión en el destino de la sociedad. Por eso, a la consecución de este objetivo general viene orientada una gran parte de las disposiciones de la Ley⁴⁰.

³⁷ La calificación de laboral no hace más que añadir ciertas especialidades al régimen general de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada ordinarias (Lázaro Sánchez, 1997, p. 22).

³⁸ Se ha dicho que en el espíritu de la Ley está que la mayoría del capital social sea laboral y esté predestinado a pertenecer a trabajadores estables, lo cual se consiguiera, de suyo, haciendo que la mayoría del capital social se halle representado por acciones o participaciones laborales (Andreu Martí, 2010, p. 123; Barrero Rodríguez, 2015, p. 4).

³⁹ En este sentido, Lázaro Sánchez, 1997, p. 21.

⁴⁰ Si la venta de las acciones conduce a su cambio de calificación por motivo de la condición personal del adquirente, los administradores, sin necesidad de acuerdo de la Junta General modificarán el artículo o artículos de los estatutos a los que

La reforma de 2015 ha pretendido ahondar en esta línea permitiendo que los trabajadores de la sociedad que todavía no sean socios puedan beneficiarse del patrimonio social para financiar la adquisición de sus acciones o participaciones. Con ello se establece un nuevo mecanismo para favorecer que la masa de trabajadores-socios pueda verse incrementada, desde un umbral inicial menos exigente que el de la normativa anterior⁴¹. Así pues, el fundamento principal de la admisión de la asistencia financiera en el terreno concreto de las sociedades laborales radica en el fenómeno de la socialización de los medios de producción y en el deseo de fomentar la adquisición de acciones o participaciones sociales por parte de los empleados de la empresa, dado que, según la norma, los hipotéticos beneficiarios de dicha medida son «los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido que no sean socios»⁴². Como resultado se produce una hibridación en el estatuto jurídico-profesional de los socios trabajadores, pues, al tomar parte en las decisiones empresariales como titulares —aunque sea indirectos— de los medios de producción, se difumina o merma la nota de ajenidad que es propia de su simultánea condición de trabajadores⁴³.

ello afecte, otorgando escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil, una vez inscrita en el Registro de Sociedades Laborales, como recuerda Mateo Hernández, 2016, p. 7. Nótese, por otra parte, que el hecho de que los dos tipos de acciones confieran, en principio, los mismos derechos impide hablar de «clases» de acciones, en sentido estricto (Alonso Espinosa, 1997, p. 79).

⁴¹ La Ley 4/1997 exigía que el número de horas trabajadas por parte de los trabajadores por tiempo indefinido no socios no excediera del 15% de las horas realizadas por los trabajadores socios. En cambio, la Ley 44/2015 ha elevado dicho umbral hasta el 49%, propiciando la existencia de un mayor porcentaje inicial de trabajadores no socios [art. 1.2.c) Ley 44/2015]. En contrapartida, con medidas como la contemplada en el art. 12.4 —asistencia financiera para la adquisición de acciones y participaciones propias— o el art. 6 de la misma Ley —derecho de preferencia en la transmisión voluntaria inter vivos de los títulos— se propicia la conversión progresiva de trabajadores no socios en trabajadores socios. Destaca esta relación Barrero Rodríguez (2015, p. 4).

⁴² Barrero Rodríguez (2015, pp. 9-10).

⁴³ Y es que, en sentido estricto, cuando el propio trabajador participa como socio en el capital social del ente que posee la titularidad de la empresa para la que trabaja, se está flexibilizando sin duda el presupuesto de trabajar «por cuenta ajena» que exige el art. 1.1 ET para poder hablar de contrato de trabajo (Cavas Martínez y Selma Penalva, 2011, p. 197), aunque ello no es óbice para discutir la laboralidad de la relación, según afirman los autores citados, salvo que la participación en el capital sea tan elevada que implique que el sujeto en cuestión posea el «control efectivo» sobre la sociedad en la que, al mismo tiempo, presta servicios.

En esta misma línea, se sitúa la Exposición de Motivos de la Ley 44/2015, así como las disposiciones e informes de la Unión Europea que reseña como base fundamentadora. Cita, en primer lugar, la Recomendación del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa (incluida la participación en el capital), que invitaba a los Estados miembros a reconocer los posibles beneficios de una utilización más extendida, a nivel individual o colectivo, de una amplia variedad de fórmulas de participación de los trabajadores por cuenta ajena en los resultados positivos de la empresa, tales como la participación en beneficios, el accionariado o fórmulas mixtas; y a tener en cuenta, en este contexto, el papel y la responsabilidad de los interlocutores sociales, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales. La Recomendación de 1992 instaba a garantizar que las estructuras jurídicas permitieran la introducción de las fórmulas de participación; que se considerara la posibilidad de conceder estímulos tales como incentivos fiscales u otras ventajas financieras, para fomentar la introducción de determinadas fórmulas de participación; y que se fomentara la utilización de fórmulas de participación facilitando el suministro de información adecuada a todas las partes que pudieran estar interesadas.

La E. de M de la Ley 44/2015 alude también al Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Participación financiera de los trabajadores en Europa», de 21 de octubre de 2010, según el cual la participación financiera de los trabajadores representa una posibilidad de hacer participar más y mejor a las empresas y a los trabajadores, así como a la sociedad en su conjunto, en el éxito de la creciente europeización de la actividad económica.

Al margen de estos textos, también el Parlamento europeo cuenta con diversas resoluciones de estímulo y apoyo a la adopción de medidas tendentes a fomentar la participación financiera de los trabajadores en las sociedades mercantiles. Poco antes de la Ley 44/2015, se adoptó la Resolución de 14 de enero de 2014⁴⁴, que podemos considerar como antecedente de la reforma arbitrada por dicha Ley, aun cuando no aparezca citada en su Exposición de Motivos. Este nuevo documento enuncia un importante elenco de ventajas o beneficios que puede representar el acceso de los tra-

⁴⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre la participación financiera de los trabajadores en los beneficios de las empresas (2013/2127(INI)) (DOCE C C 482/41, de 23.12.2016).

bajadores a la propiedad del capital social⁴⁵ y, además, señala precisamente el modelo español de Sociedades laborales como un ejemplo a seguir de participación financiera de los trabajadores en las empresas⁴⁶, mérito éste del que también presume la propia E. de M. de la Ley⁴⁷.

La asistencia financiera para la adquisición de las acciones o participaciones sociales se presenta como un instrumento complementario para lograr la consecución de los objetivos señalados y por eso se ha decidido su inclusión en la nueva Ley. La medida, además, permite atomizar la propiedad de las acciones entre un número superior de trabajadores, pues financia la adquisición de las mismas por quienes no tienen medios propios para afrontarla. En este sentido, resulta perfectamente congruente con la caracterización de la sociedad laboral como una entidad de economía social.

⁴⁵ Entre ellas, pueden destacarse las siguientes: 1ª) Si los empleados obtienen de los propietarios de la empresa un derecho prioritario de compra de la misma y pueden, por tanto, hacerse cargo de empresas que atraviesan dificultades financieras, pueden intentar salvar sus puestos de trabajo y reducir así con este procedimiento la incertidumbre sobre el mantenimiento de su empleo debido a posibles adquisiciones por otras empresas. 2ª) La participación accionarial de los trabajadores suele ser una respuesta ante problemas sucesorios en el seno de la compañía, ya que ésta a menudo se cierra o se vende para una posible racionalización o cierre cuando es imposible la sucesión, pudiendo ser este procedimiento especialmente útil, en particular para las PYME y las microempresas, al garantizar la continuación de una actividad comercial sostenible. 3ª) Los sistemas de participación financiera estimulan la inversión en formación, ya que aumentan la probabilidad para las empresas de retener a los trabajadores cualificados a largo plazo. 4ª) La participación de los trabajadores en la gestión mediante derechos de voto, el derecho de presencia u otras formas de gobierno puede mejorar la gestión y el flujo de información y ayudar a los trabajadores a entender mejor la situación de su empresa cuando ésta afronta dificultades, así como dotarles de una mayor capacidad para acceder a las recompensas en los buenos momentos.

⁴⁶ Considerando I de la Resolución: «Considerando que el concepto de sociedades laborales en España constituye un ejemplo de mejores prácticas de un sistema de PFT para las microempresas; que además permite que los desempleados puedan elegir si desean recibir su subsidio de desempleo en forma de cantidad a tanto alzado con el fin de iniciar una nueva sociedad o recapitalizar una sociedad existente».

⁴⁷ E. de M. Ley 44/2015: «En esta línea cabe destacar que las sociedades laborales en España, en sintonía con las recomendaciones europeas, responden al modelo de empresa participada mayoritariamente. Son unos de los máximos exponentes de la participación de los trabajadores en las empresas en nuestro país, encontrándose a la vanguardia en relación a la regulación de este tipo de entidades en los restantes países de nuestro entorno».

2. Características de la norma

A tenor de los antecedentes expuestos podemos ver una concordancia sustancial con la finalidad y los objetivos a que obedecen las normas generales en la materia, contenidas en el TRLSC —excepción a la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias, cuando se asiste al personal de la empresa— por parte de la norma especial incluida en la regulación de las sociedades laborales. En el plano técnico también hay una similitud clara entre ambas normas o grupos de normas, pues la redacción del art. 12.4 Ley 44/2015 toma muchos elementos de aquellas normas generales, en particular la delimitación de los instrumentos a través de los cuales puede verificarse la prestación en favor de los trabajadores. Sin embargo, entre ambas normas existen asimismo determinadas diferencias que conviene tener en consideración.

2.1. Ámbito de aplicación

En primer lugar, el art. 12 LSP hace extensiva la autorización a la asistencia financiera para la adquisición de participaciones propias. Por tanto, permite utilizar esta fórmula también cuando la forma social sea la de sociedad de responsabilidad limitada (recordemos que la LSC no prevé excepción alguna a la regla prohibitiva en este ámbito). Desde este punto de vista la disposición en materia de sociedades laborales extiende la norma de autorización más allá de los márgenes de la norma general.

Pero, en segundo lugar, se constata que la norma especial delimita mucho más que la general el destinatario de la asistencia financiera, circunscribiéndolo al trabajador no socio con contrato indefinido. Recordemos que la norma general establece un marco mucho más extenso para la excepción de la prohibición, al referirla a los empleados de la empresa, lo cual permite hacer extensiva la ventaja a otras categorías de trabajadores, aun cuando la medida tiene mayor sentido en referencia a aquellos que ya gozan de una cierta estabilidad en la sociedad⁴⁸. No creemos, sin embargo,

⁴⁸ Recuérdese, por otra parte, que los trabajadores por tiempo determinado ya no entran en la lista de sujetos a quienes la Ley concede un derecho de adquisición preferente en supuestos de transmisión voluntaria de acciones o participaciones sociales por actos inter vivos, actualmente contenida en el art. 6 Ley 44/2015. En la Ley de 1997 aparecían en último lugar de dicha lista, tras los socios generales. Destacan este cambio, Andreu Martí (2014, p. 323) y Mateo Hernández (2016, p. 4).

que la existencia de la norma especial impida la aplicación de la general en sede de sociedades anónimas laborales, a las que también puede resultar de aplicación el art. 150.2 TRLSC con los presupuestos y/o límites a que puede verse sometida dicha norma, en función de lo que hemos indicado en el apartado correspondiente.

2.2. Patrimonio utilizable para realizar la asistencia financiera

En principio, el art. 12.4 Ley 44/2015 no establece de forma expresa ninguna cortapisa a la posibilidad de prestar asistencia financiera a los trabajadores para la adquisición de los títulos representativos del capital social, a diferencia de lo que ocurre con el apartado 1 de la norma, que somete la adquisición por la sociedad de sus propias acciones o participaciones sociales, a la condición de que se efectúe con cargo a bienes libres, en concreto «con cargo a beneficios, a la reserva especial o a otras reservas disponibles». Por tanto, una interpretación puramente gramatical o literal del apartado 4 del art. 12, aisladamente considerado, puede dar a entender que la asistencia financiera puede llevarse a cabo con cargo a cualesquiera recursos integrados en el patrimonio social.

Sin embargo, una interpretación sistemática de la norma de autorización, dentro del contexto en el que se encuentra, es decir, dentro del conjunto de reglas relativas a la adquisición de acciones propias, que es lo que regula el resto del art. 12, podría dar lugar a una solución distinta, básicamente porque el apartado 5 del art. 12 declara que «el régimen aplicable a las acciones y participaciones propias será el previsto en la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio», dentro del cual aparecen las normas sobre asistencia financiera para la adquisición de acciones y de participaciones propias, es decir, los arts. 150 y 143.2 TRLSC⁴⁹. La cuestión que se plantea, por tanto, es si la asistencia financiera del art. 12.4 puede llevarse a cabo sin limitación alguna en cuanto a los fondos necesarios para ejecutarla o bien debe verse sometida a los límites que impone la Ley de sociedades de Capital a la prestación de asistencia financiera al personal de la sociedad en el art. 150.2 TRLSC⁵⁰,

⁴⁹ Ambos artículos se encuentran incluidos en el Capítulo VI de la Ley, dedicado a los negocios sobre las propias participaciones y acciones.

⁵⁰ Recordemos que parte de la doctrina considera que la prestación de asistencia financiera al personal de la sociedad que contempla el art. 150.2 está sometida a los mismos límites que impone el art. 150.3 al supuesto de la asistencia financiera prestada por una entidad de crédito en el desarrollo de las actividades que consti-

según la interpretación doctrina, considerada como dominante⁵¹ o a los establecidos por el art. 12.1 LSLP, en su caso.

En definitiva, se reproduce aquí una discusión semejante a la que se ha suscitado en relación con la excepción a la norma prohibitiva que establece el art. 150.2 TRLSC, acerca de si la asistencia financiera allí contemplada puede hacerse con cualesquiera elementos del patrimonio social o debe quedar sometida a los límites que impone el art. 150.3 TRLSC en relación con la otra excepción habilitada por la norma, es decir, aquella a la que pueden acogerse las entidades de crédito.

Para dar una solución a la cuestión hemos de examinar si existe algún elemento que permita justificar la existencia de un tratamiento distinto de la cuestión en el marco de las sociedades laborales y su regulación, tanto desde el punto de vista de los intereses que amparan dichas normas, como desde la perspectiva de su propia configuración concreta.

En el terreno de los intereses en juego, no podemos dejar de lado que la norma de autorización supone una excepción al régimen general de prohibición que pretende proteger la integridad del patrimonio social en interés de acreedores y de socios, así como amparar el interés de éstos en que el patrimonio de la sociedad se destine al desarrollo del objeto social y no a actividades extrasocietarias o particulares de los propios socios o de terceros.

Se ha dicho ya que las operaciones de asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias no significan necesariamente una disminución del patrimonio social, sino sólo una modificación en su composición, pues los activos líquidos que se presten al beneficiario de la operación son sustituidos en el mismo por los derechos de crédito contra éste. Además, dado que el importe prestado vuelve a la sociedad

tuyen su objeto social, es decir, que se lleve a cabo con cargo a bienes libres y que se constituya una reserva especial. El argumento fundamental para mantener esta interpretación reside en la dicción del art. 23 de la Directiva 77/91/CE de la que proviene la norma y que impone idénticos límites para los dos supuestos.

⁵¹ En efecto, mientras que el art. 150.3 TRLSC somete las operaciones de asistencia «se sufraguen con cargo a bienes libres de la sociedad», la adquisición de acciones y participaciones propias por la sociedad laboral deberá realizarse «con cargo a beneficios, a la reserva especial o a otras reservas disponibles». La diferencia, por tanto, reside en que en el segundo de los supuestos puede hacerse uso también de los fondos bloqueados con motivo de la reserva especial del art. 14 LSLP, que también actúa como cifra de retención, en términos generales.

como aportación o pago de los títulos recibidos por el asistido, la sociedad puede continuar contando con dichos recursos para el desarrollo del objeto social. A pesar de ello, no puede ignorarse que el cambio de activos realizables por derechos de crédito contra terceros, aunque se trate de trabajadores, grava a la sociedad con el riesgo de insolvencia del trabajador financiado, pues éste ha de devolver el crédito recibido, en las condiciones que se hayan pactado. Esta composición de intereses no cambia por el hecho de que la sociedad asistente sea una Sociedad Laboral. Por lo tanto, desde el punto de vista de la defensa del interés de los acreedores en la conservación del patrimonio social no existe una diferencia de tratamiento con el régimen general de las sociedades de capital, que permita justificar la desactivación de las cautelas previstas por la Ley para las sociedades anónimas (cobertura con cargo a bienes libres y dotación de una reserva especial)⁵².

Sí puede encontrarse algún matiz en relación con la tutela del interés de los socios en que el patrimonio de la sociedad se dedique al desarrollo del objeto. En efecto, siendo la Laboral una modalidad de sociedad de capitales dotada de una regulación especial orientada a fomentar que el capital social se encuentre en manos de los socios, lo cual permite su inclusión entre las entidades de economía social⁵³, no parece que la asistencia financiera para facilitar esta relación de propiedad pueda calificarse como un acto absolutamente extraño al objeto social. Téngase en cuenta que una parte sustancial de la ley que la regula se dedica a arbitrar diversas vías para propiciar el tránsito de las acciones generales a acciones laborales, siendo

⁵² Este argumento gana mayor fuerza en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, pues la regulación general de este tipo social prohíbe de forma absoluta la asistencia financiera para la adquisición de participaciones de la propia sociedad, sin reconocer excepción alguna, ni siquiera cuando se lleva a cabo en favor de su personal.

⁵³ En opinión de Olavarría (2008, p. 176), «las notas esenciales que caracterizan a las sociedades laborales son ser sociedades de capital en las que una parte sustancial de sus trabajadores detentan directa o indirectamente la mayor parte de la “propiedad” de la sociedad y la mayoría del control de la sociedad, y con un reparto tendencialmente igualitario del “poder” entre ellos. Son estas notas las que, en mi opinión, permiten encuadrar, y no sin dificultades, estas sociedades en el sector de la economía social». Esta caracterización no permitiría, sin embargo, afirmar la autonomía tipológica de la sociedad laboral respecto al régimen general de las sociedades de capital, en opinión de Lázaro Sánchez (1997, pp. 22 y 23). Sí lo califica como «tipo social de especial PYME» o «tipo societario para la economía social» Alonso Espinosa (1997, pp. 69 o 75).

ésta prácticamente la razón de ser de que justifica la especialidad de la Laboral. Desde este punto de vista, la asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones sociales de los trabajadores no atenta necesariamente contra el interés de los socios de que el patrimonio social se destine al desarrollo del objeto social, o al menos de la misma forma o con la misma intensidad que ello ocurre en una sociedad de capitales no laboral. Dicho de otra forma, podría mantenerse que esta distracción de elementos patrimoniales constituye un inconveniente razonablemente asumible en el contexto de una modalidad de sociedad de capitales orientada a la promoción de la participación de sus trabajadores en la toma de decisión acerca de la actividad empresarial que constituye su objeto social, así como en los beneficios que la misma produzca.

Por otra parte, existen determinados aspectos técnicos en la configuración de art. 12, en relación con otras normas de la Ley, que pueden respaldar esta idea. El primero de ellos reside en la propia ubicación de la norma permisiva, justo tras las reglas que imponen la obligación de transmitir la autocartera a los trabajadores en el plazo de tres años desde su adquisición o bien a proceder a amortizarlas si ello no se consigue (apartados 2 y 3 del art. 12 LSLP). En este contexto, el apartado 4º de la norma parece dar continuidad a la tarea de recolocación de los títulos, facilitándola por la concesión de asistencia financiera para su adquisición por uno de los grupos priorizados, los trabajadores con contrato por tiempo indefinido⁵⁴. El precepto ya condiciona la previa adquisición de los títulos por la sociedad a que se realice con cargo a bienes libres o las otras partidas previstas en el apartado 1. Si se sometiera la asistencia financiera del apartado 4 a las mismas limitaciones apuntadas o bien a las que establece el art. 150.3 TRLSC, la eficacia de este cauce para facilitar la recolocación de los títulos entre los trabajadores se vería notablemente mermada.

El segundo elemento que ha de tenerse en cuenta es la incidencia que puede tener en la cuestión la reserva legal especial que establece el art. 14 LSLP. La norma impone la dotación de reserva especial con el 10 % de los beneficios anuales hasta alcanzar el doble del importe del capital social,

⁵⁴ Esta finalidad entronca con la sugerencia que se llevaba a cabo en los planteamientos tendentes a reformar la Ley 4/1997, de incluir previsiones orientadas a favorecer la adquisición de las acciones o participaciones por los trabajadores cuando la sociedad debiera deshacerse de ellas (Sáenz García de Albizu, 2008, p. 184).

reserva que actúa como cifra de retención⁵⁵. La existencia de esta reserva implica de por sí una traba añadida a la operatividad de la asistencia financiera del art. 12.4 LSLP, si esta técnica se condiciona a la utilización de bienes libres. Pero, además, la existencia de la reserva aporta un argumento interpretativo complementario. Según el apartado 2 del art. 14 LSLP, los fondos bloqueados con cargo a la reserva especial sólo pueden dedicarse a determinadas finalidades entre las cuales aparece la adquisición de acciones propias en los supuestos que contempla la Ley, pero no la prestación de asistencia financiera⁵⁶. Esta diferencia en el tratamiento de las dos operaciones (adquisición de acciones y participaciones por la propia sociedad y asistencia financiera a los trabajadores para la adquisición de las mismas) permite pensar que la segunda de ellas se rige por parámetros distintos a la hora de determinar los bienes que pueden ser utilizados para llevarla a cabo. Lo lógico sería pensar que, si la asistencia financiera se encuentra sometida a los mismos límites definidos por el apartado 1 del art. 12, de-

⁵⁵ Según el art. 14.1 LSLP, «[a]demás de las reservas legales o estatutarias que procedan, las sociedades laborales están obligadas a constituir una reserva especial que se dotará con el diez por ciento del beneficio líquido de cada ejercicio, hasta que alcance al menos una cifra superior al doble del capital social». Al situar la reserva legal junto a «las reservas legales y estatutarias que procedan» la Ley le atribuye una naturaleza análoga, como cifra de retención del patrimonio para el reparto de dividendos. El patrimonio bloqueado por esta reserva, por tanto, tampoco puede tener la consideración de «bienes libres». En el mismo sentido, respecto a la Ley 4/1997, Lázaro Sánchez (1997, p. 42); Batlle Sales (1997, pp. 64-65); Neila Neila (1998, p. 257); o Saldaña Villoldo (2016, pp. 541). En cambio, Pagador López (2005, pp. 94 y 95) entiende que la reserva no afecta al procedimiento de aplicación del resultado del ejercicio, dado que la infracción de la obligación de dotarla sólo trae como consecuencia la pérdida de la condición «laboral» de la sociedad, sin invalidar el eventual acuerdo de distribución de dividendos.

⁵⁶ A tenor de la norma, «[l]a reserva especial solo podrá destinarse por la sociedad laboral a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin, y/o a la adquisición de sus propias acciones o participaciones sociales, que deberán ser enajenadas a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12». Por tanto, la dotación de la reserva puede utilizarse para adquirir las acciones o participaciones que luego han de ser enajenadas a favor de los socios, pero no para prestarles a ellos el contravalor a ingresar por la enajenación. Distinta habría sido la situación de haber tenido éxito alguna propuesta planteada en el seno de la doctrina en el sentido de aprovechar esta reserva especial para facilitar el acceso de los trabajadores a la condición de socios «haciendo posible reducir el coste que para el trabajador supone adquirir esa condición» (en referencia a las propuestas de reforma de la Ley 4/1997, Fajardo García, 2008, p. 157).

quiera encontrarse también citada en el art. 14, entre las finalidades a que se encuentra afecta la reserva legal especial. Pero, de hecho, no es así.

En atención a estas consideraciones, parece defendible que la técnica contemplada en el art. 12.4 LSLP puede ser utilizada con cargo al patrimonio de cobertura del capital social, si no con carácter general y para todo tipo de supuestos, sí al menos para dar salida a la autocartera de la sociedad, como auxilio para dar cumplimiento al mandado previsto por el art. 12.2 LSLP y quizás para aliviar otras situaciones de atasco previstas por la propia Ley⁵⁷. Mayores reservas presenta la asistencia financiera en situaciones de otra índole (por ejemplo, para la adquisición de acciones o participaciones de nueva emisión o para la adquisición de títulos en poder de otros socios). En cualquier caso, se trata de una cuestión importante que merece un análisis más detallado del que se puede hacer en este trabajo. Además, sería de agradecer una mayor claridad en la redacción de la norma y en las condiciones de articulación con la regulación general.

⁵⁷ La asistencia financiera también podría ser de utilidad para facilitar la regularización de la situación de la sociedad en aquellos supuestos en que no se cumplan las exigencias que establece su art. 1 LSLP en orden a la distribución de las acciones laborales. Como es sabido la Ley 44/2015 determina que ninguno de los socios podrá ser titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social (salvo que la sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores), pero flexibiliza el marco de contratación de trabajadores no socios y los plazos de adaptación en los supuestos de transgresión de los límites de capital para no perder la condición de sociedad laboral, tanto si el incumplimiento de la regla se produce *ab initio*, como si acontece con posterioridad. Así, por una parte, si el límite general de 1/3 KS se supera en el momento inicial —supuesto del art. 1.2.b) I LSLP—, al constituirse la sociedad únicamente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido que se distribuyen el capital social y los derechos de voto al 50%, la sociedad deberá regularizarse en el plazo máximo de treinta y seis meses. Si el límite del 1/3 KS se sobrepasa de forma sobrevenida —supuesto del art. 1.2.b) III LSLP—, la sociedad estará obligada a acomodar a la norma la situación de sus socios en el plazo de dieciocho meses. Pues bien, para facilitar la redistribución del capital social entre los trabajadores de la sociedad de modo que se respete el límite de la tercera parte del capital social, la sociedad debería poder recurrir al expediente de la asistencia financiera del art. 12.4 LSLP. Sin embargo, el uso de la técnica prácticamente se hará imposible si se la somete a la restricción contemplada en el apartado 1 del art. 12 LSL o bien del art. 150.3 TRLSC. Desde luego, no podrá utilizarse si el desajuste se produce en el momento constitutivo, porque la sociedad carecerá de bienes libres con que financiar la adquisición, salvo si el patrimonio social excede de la suma de las aportaciones por haberse acordado una prima de emisión, que habrán tenido que satisfacer los dos socios fundadores.

2.3. Formas de llevar a cabo la asistencia financiera

El artículo relaciona una serie de conceptos que obedecen a la denominación común de operaciones de asistencia financiera. Este término, el de «asistencia financiera», se incluye en la lista de operaciones contempladas con una doble función, a mi modo de ver, la de cláusula de cierre, que permita recoger todas las posibles situaciones análogas, y la de elemento aglutinador o caracterizador del resto de operaciones enunciadas.

Pero, como se ha dicho acertadamente, el término «asistencia financiera» carece de definición legal en nuestro ordenamiento⁵⁸. Por esta razón se hace necesario llevar a cabo un análisis concreto, aunque sea sucinto, de los conceptos recogidos en la lista.

Anticipar fondos.- En la lista de negocios que contiene el precepto aparece encabezada por la del *anticipo fondos* a los trabajadores para que adquieran las acciones. Este concepto permite incluir en el ámbito objetivo de la norma la realización anticipada de determinadas obligaciones derivadas de la relación laboral que une a la sociedad con el trabajador beneficiario, cualquiera que sea su naturaleza (por ejemplo, el pago de nóminas antes de la fecha habitual o prevista en el contrato).

Conceder préstamos o créditos.- La delimitación del concepto de «préstamo» ha de llevarse a cabo por medio de la remisión al Código de Comercio y al Código Civil⁵⁹, dado que se trata de figuras contractuales tipificadas en estos cuerpos legales. En este sentido, como es sabido, el préstamo de mutuo es aquel contrato por el cual una de las partes entrega a la otra una cosa fungible, para que ésta le devuelva otra tanto en la misma especie y calidad (art. 1.740 C.c.). En su configuración típica el contrato de préstamo es de naturaleza real, al perfeccionarse por la entrega del dinero al prestatario⁶⁰, y unilateral, dado que genera obligaciones sólo para una de las partes contratantes, el prestatario⁶¹. Sin embargo, de la atenta observación de la realidad se desprende que la celebración de los contratos de préstamo se aparta con frecuencia de estos parámetros, al menos en determinados ámbitos (como ocurre con el bancario)⁶².

⁵⁸ Así, Bayona (2002, p. 271, n. al p. 603), respecto al mismo concepto en sede de financiación para adquisición de acciones de la propia sociedad.

⁵⁹ Arroyo Martínez y Miquel González (2009, p. 96).

⁶⁰ Garrigues (1975, p. 225); Cortés Domínguez (2004, p. 108).

⁶¹ Garrigues (1975, p. 226); Sánchez Miguel (1992, p. 163).

⁶² El profesor Garrigues pone de manifiesto que la concepción tradicional del préstamo no armoniza con la mentalidad propia de los comerciantes, porque no resul-

Ante la falta de determinación por la Ley, parece que puede incluirse en el subtipo de préstamo, contenido en el art. 12.4 LSLP, toda operación que se refiera a la entrega de una cosa fungible e implique para el prestatario la obligación de devolver el *tatundem eiusdem generis*, con independencia de que el contrato adopte la naturaleza real, siguiendo el modelo tipificado en el Código Civil, o consensual, por referencia a la tipificación social del contrato.

Por su parte, el término «crédito» permite integrar en el supuesto de hecho del art. 12.4 LSLP el contrato de apertura de crédito, que, aunque constituye una operación típicamente bancaria, es susceptible de ser utilizada en otros ámbitos. La apertura de crédito se distingue del contrato de préstamo típico por su objeto, función económica y naturaleza jurídica. Mientras que el préstamo tiene por objeto una cantidad de dinero determinada, en la apertura de crédito se otorga una disponibilidad abstracta sobre el patrimonio del acreditante hasta un determinado límite. El acreditante pone a disposición del acreditado determinadas sumas de dinero hasta el límite establecido, para que éste pueda ir disponiendo de las mismas en la medida de sus necesidades de liquidez. De esta manera, la asistencia que recibe el acreditado se adapta elásticamente a las exigencias del momento, salvando las desventajas propias de la rigidez del préstamo⁶³. Desde el punto de vista jurídico, por otra parte, esta operación tiene una naturaleza consensual y bilateral, puesto que se perfecciona por el consentimiento y, desde que éste se produce, genera obligaciones para las dos partes⁶⁴. También podría tener cabida en el crédito del que habla la Ley

ta inusual la configuración del préstamo como consensual: «[c]uando una empresa industrial, después de largas discusiones, llega a concertar un préstamo con un Banco y se pactan por escrito las condiciones, nadie duda de que el préstamo está perfecto y la entrega o entregas de dinero son actos de ejecución del préstamo y no contratos nuevos». Esta evolución del carácter real al consensual ha llevado a Sánchez Miguel (1992, p. 172) a sugerir que quizás nos encontremos ante una nueva operación distinta del mutuo regulado en los códigos. Se hace eco de esta doctrina, entre otros, Cortés Domínguez (2004, p. 108).

⁶³ Garrigues (1975, p. 181); Cortés Domínguez (2004, p. 108).

⁶⁴ Las apuntadas diferencias entre ambas operaciones se plasman con claridad en el siguiente fragmento de la STS de 11 de junio de 1999: «el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente aunque aludido en nuestro Ordenamiento positivo..., se define por la doctrina como “contrato por el cual el banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe el cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente”...; tal contrato

el concedido en el contexto de una cuenta corriente de socio, cuando se produce un saldo a favor de la sociedad⁶⁵. En el contexto de dicha relación de cuenta corriente podría articularse una disposición destinada a adquirir acciones o participaciones sociales.

Cabe añadir que los préstamos o créditos concedidos por la sociedad pueden estar asegurados con cualquier instrumento de garantía. Sin embargo, han de tenerse en cuenta los arts. 143.1 y 149 TRLSC, aplicables a las sociedades laborales por remisión del art. 12.5 TRLSC. El primero de ellos impone a la sociedad la prohibición de aceptar derechos de prenda sobre sus propias participaciones o las acciones o participaciones de otra sociedad del grupo al que pertenece y el segundo la condiciona al respeto de los requisitos y límites que soporta la adquisición de acciones propias.

Prestación de garantías.- El art. 12.4 LSLP incluye asimismo, entre las operaciones relacionadas, la prestación de garantías. Parece que en este término, sin ulterior especificación, tienen cabida todas las modalidades posibles, tanto de garantías personales como de garantías reales⁶⁶. En am-

de carácter consensual y bilateral, no puede ser confundido con el contrato de préstamo regulado en los artículos 1753 a 1757 del Código Civil y 311 y siguientes del Código de Comercio, de naturaleza real, que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral por cuanto de él sólo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario».

⁶⁵ La cuenta corriente de socio constituye una figura que permite a los accionistas de una sociedad —y, en su caso, a sus administradores— depositar en la misma una determinada cantidad de dinero. De hecho algún autor afirma que en este caso resulta impropio hablar de cuentas corrientes, dado que en realidad se trata de depósitos, remunerados a un tipo de interés un poco más elevado que el que puede conseguirse en los depósitos bancarios (Gavalda, 1975, p. 323). Pero el *compte d'associé*, que inicialmente está previsto como medio de aprovechar el ahorro del socio para financiar a la sociedad, puede convertirse en un instrumento de financiación del propio socio, si se admiten los descubiertos, descubiertos que se encontrarían incluidos en el ámbito objetivo de aplicación del art. 12.4. La figura está muy difundida, sobre todo, en el tráfico societario francés, donde se la conoce con el nombre de *compte courant d'associé*. Pero en España no resulta desconocida, como lo demuestra su mención en algunos pronunciamientos judiciales. Así, en la SAP Ast. 28-XI-2002 (JUR 2003/106591) se alude a la contabilización de un hipotético préstamo al socio bajo la fórmula de «cuentas corrientes de socio». Lo mismo ocurre en la SAP Córdoba, Sec. 3ª, 10-IX-1999 (AC 1999/1849) y en la SAP Las Palmas, Sec. 5ª, 11-VII-2005 (AC 2005/1232).

⁶⁶ Así estaría incluida cualquier tipo de garantía de la obligación de un socio que grave algún elemento del patrimonio de la sociedad y confiera al acreedor un derecho *in re aliena* oponible *erga omnes* (hipotecas, prendas sobre acciones, saldos

bos casos se produce o bien la asunción de una responsabilidad fideiusoria por parte de la sociedad del cumplimiento de la obligación garantizada, o bien el gravamen de uno de los elementos de su patrimonio y su afección a dicho cumplimiento⁶⁷. Además, han de incluirse en este apartado aquellos negocios, que, aunque *prima facie* no persiguen la constitución de una garantía, como finalidad principal (*causa garandi*), producen como efecto la asunción de esta obligación por parte de la sociedad. Esta situación se produce, por ejemplo, en el supuesto del mandato de crédito, por el cual la sociedad solicita a una entidad financiera que le conceda crédito a uno de sus socios. La finalidad de la operación reside en la obtención de crédito por una de estas personas, pero la concesión del mismo trae aparejada la asunción de una obligación de garantía por la sociedad-mandante⁶⁸.

en cuentas corrientes...), o bien que implique para la sociedad la asunción de una responsabilidad de carácter personal, como la estipulación de una fianza de orden civil (arts. 1.822 a 1.856 C.c.), en la cual el fiador asume una obligación accesoria y, en principio, subsidiaria respecto a la obligación garantizada; o un afianzamiento mercantil (art. 439 a 442 C.Com.), al que nuestra jurisprudencia atribuye en la actualidad un carácter solidario (STS de 20 de octubre de 1989 [RA 6941]; la STS de 7 de marzo de 1992 [RA 2007]; y la STS de 14 de febrero de 1997 [RA 1419]) (véase, sobre esta doctrina jurisprudencial, Marimón Durá [2009]). Pero en la actualidad la categoría de la garantía personal no puede verse circunscrita exclusivamente a las garantías tipificadas en nuestros Códigos, habiendo aparecido en los últimos tiempos otras modalidades tendentes a superar las limitaciones que confiere la nota de la accesoriedad que es propia de aquéllas, tales como aval cambiario, o la denominada «garantía independiente» o «aval a primer requerimiento».

⁶⁷ Por tanto, lo que caracteriza la constitución de garantías, respecto a las otras operaciones contempladas en la norma —concesión de préstamos o créditos, anticipo de fondos...— es que por la mera constitución de la garantía no se produce la salida inmediata de un elemento del patrimonio de la sociedad o la sustitución de un activo líquido, que obraba en el mismo, por otro menos líquido, como el derecho de crédito contra el socio. En el caso de las garantías esta sustitución se produce en el momento en que la garantía se ejecuta, puesto que, entre tanto, la sociedad puede seguir utilizando la cantidad que presta cobertura a la responsabilidad asumida o la cosa afectada —si no hay desplazamiento posesorio—, sin perjuicio de que el crédito de la sociedad se vea disminuido por la responsabilidad asumida. Esta circunstancia ha ocasionado que en algún otro ordenamiento se suscite la cuestión de cuál es el momento relevante para aplicar el control establecido por la Ley a estas operaciones, cuando se celebren a favor de la persona vinculada a la sociedad. Así, la doctrina alemana ha discutido acerca de si la exigencia legal de que existan bienes libres en el patrimonio de la sociedad ha de cumplirse el momento de constitución de la garantía o, en cambio, en el de su efectiva ejecución.

⁶⁸ Sobre esta figura Arcos Vieira (1996 y 2008).

Por las mismas razones cabe incluir en el supuesto de hecho del art. 12.4 LSLP a las garantías indirectas o contragarantías que la sociedad pueda prestar con la finalidad de que el trabajador financiado reciba el aval de un tercero. Aun cuando en este caso la garantía no recaiga directamente sobre la obligación del trabajador, sino sobre la relación de garantía anterior prestada por el tercero, el beneficiario final de la cobertura es el socio o el administrador, quien además será el obligado a reembolsar la cantidad satisfecha. Por tanto, la situación resulta valorativamente equivalente a la prestación de una garantía directa en su favor.

Asistencia financiera.— Finalmente, la indicación específica de este concepto permite de incluir en el ámbito de aplicación del art. 12.4 LSLP cualquier otra operación de financiación, que, aunque no resulte subsumible en alguno de los supuestos anteriores, presente características análogas⁶⁹. Actúa, pues, a modo de cláusula residual, para evitar que el *nomen iuris* de otros negocios que puedan idearse para articular la prestación de financiación pueda suscitar dudas sobre su inclusión en la norma permisiva⁷⁰.

Asimismo, la inclusión de este concepto de carácter indefinido podría permitir incluir en la norma determinados sistemas de ayuda o previsión social, instaurados por la sociedad en favor de sus trabajadores, en tanto en cuanto los fondos depositados en los mismos puedan tener como uno de sus objetivos, la adquisición de acciones o participaciones sociales.

⁶⁹ A la misma intención obedece la inclusión del concepto en otras normas anteriores, como el art. 10 LSRL —actual art. 162 TRLSC— (Marimón Durá, 2010, p. 132), art. 52 LSRL —actual art. 190 TRLSC— (Sánchez Ruiz, 2000, p. 321) o en el art. 40,5 LSRL —actual art. 143.2 TRLSC— (Fernández Fernández, 2001, p. 120).

⁷⁰ Interpreta la expresión en sentido amplísimo, la SAP Ast. 28-XI-2002 (JUR 2003\106591): «la denominada “asistencia financiera”, aunque redundante debe entenderse todo tipo de operación realizada entre la sociedad de responsabilidad limitada y sus socios o administradores de la que resulte una ventaja patrimonial para éstos, incluida la financiación a posteriori, comprendiendo toda concesión de recursos financieros por cualquier título o concepto que englobe toda clase de préstamos u operaciones análogas, anticipos de clase, garantías, donaciones, condonaciones, renunciaciones o abandonos de acciones, etc.». Esta enunciación de operaciones recuerda mucho a la utilizada por la doctrina, en la interpretación de las normas que establecen la prohibición de la asistencia financiera como regla general, como los arts. 143.2 y 150.1 TRLSC —o los anteriores 40.5 LSRL y 81.1. TRLSA— (Fernández Fernández, 2001, pp. 163 y ss.; Vaquerizo Alonso, 2003, pp. 174-175; Moralejo, 2011, pp. 1101 y 1152) o de otras normas de control semejantes, como el art. 10 LSRL —actual art. 162 TRLSC— (así, A. J. Tapia Hermida, 1996, p. 137).

Esta concepción amplia o flexible se ha utilizado ya en el ámbito de la excepción a la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones, cuando se lleva a cabo en favor de sus trabajadores. En particular, Fernández del Pozo aboga por esta extensión con apoyo en la dicción que utiliza la Directiva 77/91/CEE cuando permite la asistencia financiera «por o para el personal de la sociedad». En opinión de este autor esto permite dar cabida en la norma de autorización a las prestaciones en favor de sistemas de previsión de los trabajadores, tales como las aportaciones a fondos o planes de pensiones, acordadas por medio del contrato de trabajo o asumidas en virtud de un convenio por parte de la sociedad, siempre que tengan por finalidad, en todo o en parte, la adquisición de acciones o participaciones sociales, de las que pueden beneficiarse indirectamente los trabajadores. A juicio del autor citado, la gestión de este tipo de patrimonios puede ser asumida por la propia sociedad o encargarse a un tercero y su naturaleza puede ser mixta o híbrida en el sentido de tener distintas finalidades, entre las cuales figure la facilitación de la adquisición de las acciones de la sociedad⁷¹.

Bibliografía

- ALONSO ESPINOSA, F. J. (1997). «Especialidades en la posición jurídica del socio», en F. J. ALONSO ESPINOSA (dir.), *Régimen jurídico de las sociedades laborales* (pp. 67-100). Valencia: Tirant lo Blanch.
- ANDREU MARTÍ, M. M. (2010). «Luces y sombras de la reforma de la Ley de Sociedades Laborales». *Ciriec*, 21, 121-144.
- (2014). «Transmisión de acciones y participaciones sociales en la propuesta de la Ley de Sociedades Laborales». *Ciriec*, 25, 313-341.
- ARCOS VIEIRA, M^a. L. (1996). En *El mandato de crédito*. Pamplona: Aranzadi.
- (2008). «Comentario a la STS de 13 de febrero de 2007», *CCJC*, 77, 511-536.
- ARROYO MARTÍNEZ, I., & MIQUEL GONZÁLEZ, J. (2009). «Comentario al art. 10 LSRL», en I. ARROYO, & J. M. EMBID (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (101-110). Madrid: Tecnos (2^a ed.).
- BATLLE SALES, G. J. (1997). «Consecuencias jurídicas del carácter “laboral” en la organización social en la sociedad», en F. J. ALONSO ESPINOSA (dir.), *Régimen jurídico de las sociedades laborales* (pp. 47-65). Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARRERO RODRÍGUEZ, E. (2015). «Consideraciones sobre la reforma del régimen legal de las sociedades laborales». *RDS*, 45, (versión electrónica).

⁷¹ Fernández del Pozo (1992, pp. 825-826) agrupa a este tipo de sistemas como planes de asistencia financiera a los trabajadores, tomando como modelo los «empleos share schemes» propios del derecho anglosajón.

- BAYONA GIMÉNEZ, R. (2002). *La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- CASTRO VALDIVIA, M. (2017). En PRENDES CARRIL, MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, & CABANAS TREJO (dirs.), *Tratado de Sociedades de Capital* (pp. 828-836). T. I. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., & SELMA PENALVA, A. (2011). «El estatuto jurídico-profesional de los socios trabajadores en la proyectada reforma de las sociedades laborales». *Ciriec*, 22, 2011, 181-215.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. (2004). *Lecciones de contratos y mercados financieros*. Madrid: Thomson-Civitas.
- FAJARDO GARCÍA, G. (2008). «Aspectos societarios de la reforma de las sociedades laborales». *Ciriec*, 19, 141-158.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M^a C. (2001). *La asistencia financiera para la adquisición de acciones/participaciones propias*. Granada: Comares.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (1992). «Asistencia financiera a los trabajadores para la adquisición de acciones propias (art. 81.2 LSA)». *RDBB*, 47, 811-846.
- (1994). «Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera (art. 81 LSA)». *RdS*, 3, 169-189.
- FLORES DOÑA, M^a. S. (2002). *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*, Madrid: Edersa (2^a ed.).
- GARRIGUES, J. (1975). *Contratos bancarios*. Madrid (2^a ed.).
- GAVALDA, C. (1975). «Les credits interentreprises: un exemple de financement extra-bancaire», *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart [Festschrift für J. Bärmann]* (pp. 321-331). Munich: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- GIMENO RIBES, M. (2015). *Endeudamiento empresarial y fusión de sociedades*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. (1997). «La calificación “laboral” de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, régimen de su adquisición y pérdida», en F. J. ALONSO ESPINOSA (dir.), *Régimen jurídico de las sociedades laborales* (pp. 17-46). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARIMÓN DURÁ, R. (2009). «Configuración jurisprudencial del afianzamiento mercantil como garantía solidaria *per se*», en *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín Hernández* (571-581). Universitat de València.
- (2010). *La asistencia financiera de la sociedad limitada a sus socios, administradores y a otras sociedades de su grupo (Del art. 10 LSRL al art. 162 TRLSC)*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi (2^a ed.).
- MORALEJO, I. (2011). En A. ROJO, & E. BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (pp. 1151-1157), Madrid: Thomson Reuters-Civitas.
- MATEO HERNÁNDEZ, J. L. (2016). «Hacia una mayor participación de los trabajadores en la realidad empresarial a través de la nueva regulación de las sociedades laborales». *RDS*, 46, (versión electrónica).
- MARTÍ MOYA, V. (2010). «El “Merger Leveraged Buy-Out” o fusión apalancada a la luz de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles». *RDM*, 276, 607-644.
- NEILA NEILA, J. M. (1998). *Sociedades Laborales. Análisis sistemático de la Ley 4/1997, de 24 de marzo*. Madrid: Dykinson.

- OLAVARRÍA IGLESIA, J. (2008). «Algunos aspectos de la propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Laborales presentada por COFESAL». *Ciriec*, 19, 173-177.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (2005). «Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca», en M. OLIVENCIA, C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, & G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*. T. 12, Vol. 2. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- PAZ-ARES, C., & PERDICES HUETOS, A. B. (2003). *Negocios sobre las propias acciones*, en R. URÍA, A. MENÉNDEZ, & M. OLIVENCIA (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. T. IV, Vol. 2.º-B. Madrid: Thomson-Civitas.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C. (2008). «Propuesta de reforma de la Ley de 1997 de Sociedades Laborales —COFESAL—. Problemas societarios». *Ciriec*, 19, 179-187.
- SALDAÑA VILLOLDO, B. (2016). «Sociedades profesionales y laborales», en J. M. EMBID IRUJO (dir.), *Derecho de Sociedades de Capital* (pp. 527-546). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- SÁNCHEZ MIGUEL, M^a C. (1992). «Préstamos, anticipos bancarios. Apertura de crédito», en R. GARCÍA VILLAYERDE, & BONARDELL LENZANO, *Contratos bancarios* (155-188). Madrid: Civitas, 1992, p. 163.
- SÁNCHEZ RUIZ, M. (2000). *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital (Artículo 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo)*. Elcano (Navarra): Aranzadi.
- TAPIA HERMIDA, A. J. (1996). «La financiación de la sociedad de responsabilidad limitada», en F. RODRÍGUEZ ARTIGAS y otros (coords.), *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (pp. 87-144). T. I. Madrid: McGraw-Hill.
- VAQUERIZO ALONSO, A. (2003). *Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias*. Madrid: Civitas.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (2010). *Ley de Sociedades de Capital. Doctrina y jurisprudencia*. Las Rozas (Madrid): La Ley-Wolters Kluwer.
- VICENT CHULIÁ, F. (2012). *Introducción al Derecho mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch (23^a ed.).

Derechos, obligaciones y responsabilidad de las personas socias

MARÍA JOSÉ SENENT VIDAL¹

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universitat Jaume I*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS SOCIAS EN LA SOCIEDAD LABORAL. 1. Derechos políticos (o administrativos). 1.1. Derecho de asistencia. 1.2. Derecho de intervención. 1.3. Derecho de voto. 1.4. Derecho de información. 1.5. Derecho de impugnación de los acuerdos sociales. 1.6. Derecho a ser elegido/a para ocupar cargos sociales. Derecho de representación proporcional. 1.7. Otros derechos políticos. 2. Derechos económicos (o patrimoniales). 2.1. Derecho al dividendo. 2.2. Derecho a la cuota de liquidación. 3. Derechos mixtos. 3.1. Derecho de adquisición preferente. 3.2. Derecho de preferencia, de asunción preferente o de suscripción preferente. 3.3. Derecho de separación. 3.4. Derecho a proponer y/o ejercer la acción de responsabilidad. 3.5. Derecho a solicitar la disolución, liquidación y reactivación de la sociedad. 4. Derechos y modalidades de su ejercicio «emergentes». 4.1. El ejercicio de los derechos y deberes sociales mediante las tecnologías de la información y de las comunicaciones. 4.2. El derecho a la intimidad en el ámbito societario. 4.3. Los derechos de las personas socias de la sociedad laboral desde una perspectiva de género. III. LAS OBLIGACIONES DE LAS PERSONAS SOCIAS EN LAS SOCIEDADES LABORALES. 1. Obligación de efectuar la aportación al capital. 2. Obligación de efectuar, en su caso, prestaciones accesorias. 3. Obligación de ofrecer las acciones o participaciones en caso de extinción de la relación laboral. 4. El deber de fidelidad. 4.1. El deber de guardar secreto. 4.2. El deber de evitar situaciones de conflicto de intereses. 4.3. El deber de evitar el abuso de poder. 4.4. Otros supuestos de específico deber de diligencia para las personas administradoras. IV. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS SOCIAS DE LAS SOCIEDADES LABORALES. 1. Responsabilidad general de la sociedad y limitada de las personas socias. 2. Responsabilidad de las personas fundadoras. 3. Responsabilidad de las personas administradoras. Bibliografía.

¹ Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Economía Social, Auto-gestión y Empleo» (DER2016-78732-R) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas (LSLP) se circunscribe a tratar las especialidades que las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada han de aplicar cuando quieran acceder o mantener su calificación como laborales; por ello, no tiene vocación de regular de manera completa su funcionamiento². Ello significa que la materia de derechos y deberes de sus personas socias se encuentra todavía más dispersa y fragmentada que en la Ley de sociedades de capital (LSC).

Efectivamente, el artículo 93 de la vigente LSC, cuando dice que «En los términos establecidos en esta ley, y salvo los casos en ella previstos, el

² «Esta técnica legislativa ya fue criticada en su día por la doctrina ante las dificultades prácticas que presentaba una remisión generalizada a la LSC, debido a que en muchas ocasiones se produce una importante inseguridad jurídica, al no poderse transponer la norma directamente ni encontrar respuesta en el régimen especial previsto en su ley específica dada la parquedad de la misma (así, entre otros, Fajardo 2008; Cano, 1997 y 2008). No parece verlo así el legislador, ya que en el Preámbulo de la LSLP, párrafo I, establece “que la distinción principal entre las sociedades de capital no es tanto por su forma como por su condición o no de sociedad cotizada.” [...] En cualquier caso, esta técnica legislativa no garantizó en su momento una gestión societaria motivada por el “*intuitu personae*”, verdadero elemento cimentador de este tipo societario. Esta indefinición legal refleja la falta de consenso científico acerca del sentido institucional de esta figura organizativa, dividida entre los que la consideran una simple sociedad mercantil de capital especial (Portellano y Mercader 1997 o Uría, Menéndez y Vérguez 2006) y los que ven en ella una estructura organizativa de base mutualista, que en definitiva es lo que articula la causa del contrato de estas sociedades, por cuanto, el fin común se cumple con la participación directa de los socios en el desarrollo del objeto social propuesto (Vargas, 2006 o Paniagua, 2005)», García Ruiz, 2015:68. Esta autora se posiciona en el debate indicando más adelante que «ambas exigencias de, mayoría del capital en manos de socios trabajadores por tiempo indefinido y de un amplio reparto del capital social que exige imponer límites porcentuales en la tenencia del mismo, configuran los elementos tipológicos de control y amplia base democrática que permite clasificar a las sociedades laborales como una categoría especial de sociedades» (García Ruiz, 2015:71). En el mismo sentido, Paniagua, en 2015b:11, «Es cierto que la flexibilidad inicial del híbrido societario acuñado, con cuerpo de sociedad anónima donde se introducen fines sociales y de interés general, fue coyunturalmente necesaria para atender a cualquier sociedad de capital en situación de crisis patrimonial. Pero, atendida esta circunstancia presente en la primera etapa aludida, lo adecuado hubiese sido una regulación *ad hoc* de la sociedad laboral como tipo societario de la economía social que internaliza fines sociales y de interés general»; y su extenso análisis en 2015a.

socio tendrá, como mínimo³, los siguientes derechos: a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación; b) El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones; c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales; d) El de información», está haciendo una enunciación abierta, que se ha de completar con otros derechos reconocidos (Galán, 2017:173)⁴ y regulados a lo largo del articulado y «más allá» (Embid, 2015). Más complejo aún se presenta el tratamiento de las obligaciones de las personas socias por cuanto no hay una «tradición jurídica» de enumerarlas, al menos «en sede normativa» de sociedades de capital (Henao, 2014:102)⁵.

A todo ello se ha de añadir que precisamente la especialidad jurídica de las sociedades laborales «radica en esa doble condición de sociedad de capital pero que organiza un proyecto empresarial que difiere del modelo puramente capitalista y que al ser calificada como “laboral” modifica su naturaleza jurídica pudiendo alcanzar la consideración de sociedad de economía social» (García Ruiz, 2015). Las sociedades laborales no sólo están especialmente «abiertas a la integración como socios de los demás trabajadores de la empresa» (EAL-CGE, 2015), sino que han de procurar primar a las personas y al fin social sobre el capital, aplicar los resultados

³ De los derechos enunciados en el art. 93 LSC se ha dicho que son «derechos mínimos porque la sociedad no puede privar de ellos a los socios, o no puede hacerlo a no ser que se haya previsto un régimen legal alternativo —acciones o participaciones sin derecho de voto— o se cumplan las previsiones legales para su exclusión —derecho de suscripción preferente—», Galán, 2017:172. Sin embargo, como advierte Valpuesta (2013:256), «éstos no son los “derechos mínimos” del socio, que tiene otros muchos más e igualmente mínimos e inderogables. Quizás sean los más relevantes, o los que el legislador considera cualitativamente más importantes, pero no es una lista excluyente».

⁴ «Junto a estos denominados derechos mínimos de socio existe una constelación de derechos que los complementan», Galán, 2017:173. En el mismo sentido, Valpuesta (2013:256), «En realidad, la materia “derechos del socio” es el contenido total de la Ley, que establece el estatuto jurídico del socio».

⁵ El tratamiento es distinto en el ámbito de la regulación cooperativa, donde sí suelen incluirse, enumeraciones abiertas tanto de derechos como de obligaciones de las personas socias. Puede verse al respecto nuestro trabajo «Derechos y obligaciones de la persona socia trabajadora de la cooperativa de trabajo asociado en la ley» (2016). En Fajardo García, G. y Senent Vidal, M. J. (Coords), *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores* (pp. 352-394). Valencia: Tirant lo Blanch.

económicos principalmente en función del trabajo aportado, promover la solidaridad interna y con la sociedad y mantener su independencia respecto de los poderes públicos (art. 4 LES). Por ello, el estudio de los derechos y las obligaciones de las personas socias así como de su responsabilidad se ha de abordar con una visión de conjunto que permita no únicamente conocer las normas jurídicas adoptadas sino también valorar su adecuación teleológica (ver al respecto, Paniagua, 2015a).

Por lo demás, aunque en el ámbito de las sociedades de capital sea menos frecuente que en el de las cooperativas y de otras entidades de la economía social, el principio de autonomía de la voluntad no solamente permite «modular los diversos derechos conforme a las posibilidades que da la Ley», sino también el reconocimiento de otros derechos a las personas socias «siempre dentro de los límites de los principios configuradores de las sociedades de capital» (Valpuesta, 2013:257⁶; Senent, 2016:352). En ese sentido, se ha indicado que, aunque «la técnica seguida en la LSLP no ha sido mejorada» en la medida en que «la nueva ley mantiene la técnica de remisión general al régimen jurídico de la forma que adopte, anónima o de responsabilidad limitada, como hacía su predecesora, al igual que mantiene la parquedad de su contenido legal, despachando su régimen jurídico societario en apenas 17 artículos», «sí se observa que el contenido de esos preceptos es menos imperativo introduciendo la norma un mayor margen a la autonomía de la voluntad de los socios en la configuración de su régimen jurídico [...] En este contexto legal serán los socios vía estatutos sociales los que doten a su organización societaria de un cariz, más social o más capitalista según les interese, en aquéllos aspectos no regulados específicamente por la LSLP.» (García Ruiz, 2015:68 y 69; en el mismo sentido, para las sociedades de capital en general, Valpuesta, 2013:257 y 258)⁷.

⁶ Sobre los límites a la autonomía de la voluntad, también puede verse Valpuesta, 2013:139 a 145, donde, entre otras citas jurisprudenciales y registrales se refiere a la nulidad de una cláusula estatutaria de una sociedad laboral que «delegaba en el consejo de administración la designación de los consejeros que hubieran de representar a los accionistas “no trabajadores”, pues la Ley obliga a que la elección de los administradores sea por la junta (STS 19.09.1986)».

⁷ «En este ámbito la “regla de oro” es que no podrán “reducir” los derechos contemplados en la Ley, ni los requisitos para su ejercicio, pero sí ampliarlos (p. ej., rebajar los porcentajes de las minorías que pueden reclamar ciertos derechos) o crear nuevos, siempre con los límites ya referidos de la Ley y de los principios configuradores» (Valpuesta, 2013:158).

Cuestión distinta es la prevista en el ámbito general de las sociedades de capital que permite otorgar diferentes derechos económicos a las personas detentadoras de determinadas participaciones sociales o acciones (art. 94 LSC). En las sociedades laborales se establece una explícita restricción⁸: «no se admiten diferencias de derechos económicos ni de valor nominal entre las acciones o participaciones» (García Valdecasas, 2015; art. 5.1 LSLP), «a fin de evitar posibles divergencias entre la propiedad del capital y el control efectivo de la sociedad» (Consejo Económico y Social, 2015:4).

Dicha norma ha sido objeto de crítica, por cuanto «la igualdad de derechos se limita a los derechos económicos y, como es evidente, el derecho de voto no se encuadra en este tipo de derechos sino en los de índole política, [...] siendo posible en las SRL la existencia de participaciones con voto plural. Por ello, la ley vigente no evita, al igual que la anterior⁹, que puedan, a través de participaciones con voto plural, existir discordancias entre la titularidad del capital social y el control de la sociedad en las SRL que, además, son las más frecuentes. En consecuencia, resulta criticable que nuestro legislador no haya seguido la propuesta de CONFESAL que distinguía según que las acciones o participaciones fueran de clase laboral o general; exigiendo que las primeras confirieran los mismos derechos ya fueran económicos o políticos» (Andreu, 2016:9; en el mismo sentido, Olavarría, 2008; García Rius, 2015:70; y Escuín, 2017:91 y 92)¹⁰. A ello se ha contrapuesto, sin embargo, la interpretación contraria, esto es, que en la

⁸ En la LSL anterior «no se exigían estos requisitos y solo se excluía la posibilidad de emisión de acciones sin voto en el caso de acciones de clase laboral» (Navarro, 2015).

⁹ Para una crítica a la regulación al respecto en la Ley 4/1997 de sociedades laborales, puede verse Alonso Espinosa, 1997, pp. 71 y 72.

¹⁰ «bajo la LSL, la posibilidad de alterar el peso político de las acciones o participaciones, ya fuera mediante la supresión del derecho de voto, o mediante la creación de participaciones de voto plural, resultaba controvertido en la medida en que podía atacar el elemento configurador de una sociedad laboral y generar situaciones en las que el control de la misma dejara de estar en manos de trabajadores por tiempo indefinido. [...] Sin duda esta controversia ha estado en la mente del legislador a la hora de suprimir en la reforma la emisión de acciones y participaciones sin derecho de voto. Lo que no resulta comprensible es que en el intento se haya olvidado de las participaciones de voto plural que plantean idénticos inconvenientes en las sociedades limitadas laborales. [...] podría haberse conferido a las participaciones de clase laboral la posibilidad de disponer de más de un derecho de voto y reservar las acciones y participaciones sin derecho de voto a la clase general» (Escuín, 2017:92).

sociedad limitada laboral también estaría excluida la creación de participaciones de voto plural (Paniagua, 2015a).

Y también es cuestión diferente la que se deriva de lo que se ha calificado (Alonso, 1997:79 y 80) como una suerte de «estatuto jurídico especial: el del socio “laboral”», «cuyas especialidades legales, basadas en la propia tipicidad de la sociedad regulada, se resumen en: a) la atribución legal de un derecho de adquisición preferente ante la transmisión *intervivos* de acciones o, en su caso, de participaciones [...]; b) en un derecho al mantenimiento de su cuota de clase “laboral” ante aumentos del capital con emisión de nuevas acciones [...]; c) así como en un derecho a que las “partes de capital” que ese socio trabajador por tiempo indefinido adquiriera derivativamente sean consideradas de clase “laboral” [...] si es que antes no lo eran ya». Como contrapartida, se regula «un sistema protector del interés fundamental de la sociedad en su conservación del carácter “laboral” ante la pérdida por su titular de las condiciones que le habilitan para que sus partes de capital sean de clase “laboral”»: la obligatoriedad de ofrecer sus acciones o participaciones en el plazo de un mes desde la extinción de la relación laboral (art. 9 LSLP). Por lo demás, «Los estatutos sociales podrán establecer normas especiales para los casos de jubilación e incapacidad permanente del socio trabajador, para los supuestos de socios trabajadores en excedencia, así como para los socios trabajadores que por subrogación legal o convencional dejen de ser trabajadores de la sociedad» (art. 9.2 LSLP).

También se ha de tener en cuenta que aunque la mayor parte de los derechos de la persona socia son de carácter individual¹¹, algunos de ellos sólo pueden hacerse efectivos si un determinado número o porcentaje de personas socias se pone de acuerdo para solicitarlo: son los denominados

¹¹ «los derechos individuales de los socios [...] tutelan el conjunto de facultades atribuidas al socio en cuanto tal. La nota característica de estos derechos es la de su inderogabilidad a manos de la mayoría sin el consentimiento previo de su titular; de acuerdo con Sánchez Ruiz [*Conflictos de intereses entre socios en las sociedades de capital*, Aranzadi, 2000, p. 105], la inderogabilidad, como la regla general de este tipo de derechos a favor de los socios, debe entenderse como la prohibición de derogar sin su consentimiento dicha facultad cuando así haya sido previsto de forma expresa en la ley, y ello como resultado de la aplicación del principio de igualdad o paridad de tratamiento de los socios que impide realizar discriminaciones entre estos sin tomar en consideración la voluntad individual de los accionistas», Henao, 2014:99.

«derechos de minoría»¹², de los que veremos algunos ejemplos. Se distinguen así «los derechos de la minoría en sentido estricto, esto es, aquellos que se han concedido en función de la existencia de determinados porcentajes de capital»¹³, de los anteriores, que se considerarían derechos de minoría «en sentido amplio, en relación con el ejercicio de los derechos individuales o esenciales del socio, sin que sea relevante el porcentaje de capital que representen, ya que basta con que se acrediten las causas previstas para su utilización» (Henao, 2014:116).

Finalmente, cabe considerar la existencia de algunos derechos de las personas que todavía no son socias o que ya no lo son¹⁴ pero que, sin embargo, guardan relación directa con los derechos sociales. En este apartado cabe mencionar especialmente las al menos expectativas de derechos con que contarían las personas trabajadoras por tiempo indefinido en las sociedades laborales y las no socias de las sociedades participadas.

En relación con las primeras se han apuntado varios trazos de la LSLP que vendrían a corroborar su vocación «de aumentar el porcentaje de capital en manos de los trabajadores no socios». Destaca en este sentido la apertura de la reserva especial, que debe dotarse con el 10% del beneficio líquido de cada ejercicio a la posible adquisición de las propias acciones o participaciones sociales para su enajenación, en el plazo máximo de tres años, a las personas trabajadoras de la sociedad con contrato por tiempo indefinido (art. 14 de la LSLP). Dicha finalidad había «sido demandada por un amplio sector de la doctrina que enjuiciaba muy duramente este requisito tal y como estaba recogido en la ley derogada» (García Ruiz,

¹² «verdadero cajón de sastre, utilizado de continuo por el legislador para ampliar o matizar, según los casos, la posibilidades de acción de los socios en defensa conjunta de su posición jurídica», Embid, 2015.

¹³ Los derechos de minoría «en sentido estricto» «en ocasiones son apenas un límite meramente cuantitativo al poder de la mayoría para imponer su voluntad en el seno de la junta general (derechos de defensa); otras veces permiten actuar a la minoría como un contrapeso de la mayoría que contribuye a impedir el carácter omnímodo de su poder (derechos de iniciativa); y finalmente, algunos otorgan a la minoría una serie de instrumentos, judiciales y extrajudiciales, que le permite controlar más activamente la marcha de la sociedad (derechos de control)», Henao, 2014:100.

¹⁴ Es el caso, por ejemplo, de la persona socia que ejercita su derecho de separación o que es excluida de la sociedad por acuerdo de su junta general o por condena firme, quien, una vez separada o excluida tiene derecho a obtener, en el plazo de cuatro meses y en el domicilio social el valor de sus acciones o participaciones, transmitidas o amortizadas (art. 16.4 LSLP).

2015:70 y 74, citando a Sáenz, 2008; Fajardo, 2008; y Paniagua, 2015b). Además, la ley incorpora la posibilidad de que la sociedad facilite asistencia financiera a las personas trabajadoras para la adquisición de capital social (art. 14.4, LSLP; Navarro, 2015). Por otra parte, «el artículo 9 regula la transmisión de acciones y participaciones en los supuestos de extinción de la relación laboral, ampliando los casos en los que pueden establecerse normas especiales e incorpora como novedad que en los supuestos de embargo de acciones o participaciones de la sociedad o de ejecución en prenda sobre las mismas, las notificaciones previstas en el artículo 109 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, se hagan también a los trabajadores no socios con contrato por tiempo indefinido» (Exposición de motivos de la LSLP). También en el caso de condena firme a la separación de la persona socia por realización de actividades perjudiciales para los intereses de la sociedad o por incumplimiento de sus obligaciones en materia de transmisión de acciones y participaciones, éstas deberán ser ofrecidas a las personas trabajadoras con contrato por tiempo indefinido (art. 16.3).

No obstante, se ha criticado que el fomento del acceso a la condición de personas socias se reduzca ahora a las que son trabajadoras por tiempo indefinido, al suprimir del derecho de adquisición preferente a las personas trabajadoras temporales (Paniagua, 2015b:737)¹⁵. Por lo demás, el art. 12.2 LSLP establece que «las acciones y participaciones propias adquiridas por la sociedad deberán ser enajenadas a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido en el plazo máximo de tres años a contar desde la fecha de su adquisición, conforme al procedimiento y valoración previsto en los artículos 6 y 7».

En relación con todo ello cabría plantearse, por una parte, si existiría un eventual derecho de la persona trabajadora por tiempo indefinido a

¹⁵ «Los trabajadores temporales o no indefinidos desaparecen del sistema legal de derechos de adquisición preferente previsto para los supuestos en que las acciones o participaciones sociales laborales no se transmiten a trabajadores indefinidos de la sociedad. Esta solución chirría no sólo con los valores y los principios de la economía social, sino con los mandatos constitucionales y con la realidad de nuestro mercado de trabajo. Fácilmente nos encontraremos con sociedades laborales con tres (o cuatro o cinco, da igual) socios trabajadores indefinidos, y tantos trabajadores temporales no socios como precise la actividad económica. Estos trabajadores temporales nunca tendrán preferencia legal en caso de transmisiones de acciones o participaciones sociales laborales a personas que no sean trabajadores indefinidos socios», Paniagua, 2015b:737, nota 39.

solicitar la admisión como persona socia, al menos cuando se diesen las circunstancias idóneas, tales como la existencia de acciones o participaciones en cartera, o de personas socias interesadas en transmitir las suyas, o el incumplimiento de los porcentajes mínimos para mantener la «laboralidad»... Por otra parte, a la vista de los datos que ofrece el Ministerio de Empleo puede deducirse una notable brecha de acceso de las mujeres al colectivo de personas trabajadoras¹⁶ y, por tanto, de personas socias en las sociedades laborales; habría pues que estudiar y formular eventuales acciones para corregir dicha brecha, para evitar que, de forma consciente o inconsciente, se caiga en estereotipos y sesgos discriminatorios, muy especialmente de género¹⁷. No se haría con ello sino cumplir el mandato que la propia LSLP (art. 13.3) hace especialmente¹⁸ a sus personas administradoras de «favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad de oportunidades

¹⁶ Así, por ejemplo, a 30 de junio de 2017 sólo el 26,9% de las personas dadas de alta en la seguridad social en sociedades anónimas laborales eran mujeres, y el 34,7% en las sociedades limitadas laborales. http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/EconomiaSocial/estadisticas/CaracteristicasTrabajadores/2017/2TRIM/GRAFICOS_trimestre.pdf, 28/09/17, 17:03. Mientras tanto, la tasa de ocupación de las mujeres en España durante el segundo trimestre de 2017 era el 45,5% del total (<http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/resumen-web/RUD.pdf>, 12/10/17, 10:59).

¹⁷ Sobre la aplicación del derecho antidiscriminatorio en el ámbito del derecho contractual privado, ver el excelente trabajo de Ariadna Aguilera Rull de 2013: «En el conflicto entre libertad de contratación y prohibición de discriminación, este libro se posiciona defendiendo la necesidad de garantizar el respeto a la interdicción de discriminar también en la contratación privada. Aunque la prohibición de conductas discriminatorias se ha considerado tradicionalmente una limitación de la libertad, en realidad, ésta sirve para garantizar a todos su disfrute en igualdad de condiciones. Poner el acento en la libertad de celebración y de fijación del contenido contractual, es adoptar el punto de vista de los que no han tenido dificultades para participar en el intercambio económico. Adoptar el punto de vista de aquellos individuos que debido a su sexo u origen étnico, en muchas ocasiones, no han podido acceder a la contratación, implica reforzar aspectos olvidados de dicha libertad, como es la libertad de contratación positiva. Así, este trabajo defiende la prohibición de conductas discriminatorias como un instrumento para la universalización de la autonomía».

¹⁸ Y decimos que el mandato es «especial», «reforzado» respecto de las personas administradoras, por cuanto también y en primer lugar se deriva de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (arts. 3, 4, 5, 6 y 10) que hacen transversal el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

entre hombres y mujeres, y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral».

En cuanto a las personas trabajadoras no socias de las sociedades participadas, todavía está por ver la efectividad de un tipo social que parte de «un concepto nebuloso y de dudosa aplicación» (García Valdecasas, 2015). Si así fuese, estaríamos ante sociedades que sin cumplir los requisitos de las laborales, promuevan el acceso a la condición de personas socias de las trabajadoras y su participación en la sociedad. El texto legal no va más allá en su concreción de tales características, salvo demandar el cumplimiento de «alguno de los siguientes requisitos»: a) contar con personas trabajadoras que posean participación en el capital y/o en los resultados; b) contar con personas trabajadoras que posean derechos de voto y/o participación en la toma de decisiones; c) adoptar estrategias conducentes a la incorporación de personas trabajadoras como socias; y d) promover sus principios configuradores (una vez más: promoción del acceso a la condición de socias; fomento de la participación en la toma de decisiones; y promoción de la solidaridad interna y con la sociedad, en la línea de lo previsto en el art. 4, c, LES). Para tales eventuales sociedades participadas habría que reproducir, básicamente, lo ya avanzado respecto de la posible reclamación de derechos por parte de las personas trabajadoras.

II. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS SOCIAS EN LA SOCIEDAD LABORAL

Tradicionalmente la doctrina ha clasificado los derechos de las personas socias en derechos económicos o patrimoniales y administrativos o políticos (Henao, 2014; Galán, 2017:172)¹⁹. Además, como hemos hecho en otros trabajos, resulta de utilidad incluir una clasificación intermedia, de derechos que presentan un carácter mixto, aunando facultades económicas y políticas en su detentación y ejercicio. Intentaremos analizarlos su-

¹⁹ Uría (1996) los denomina derechos de naturaleza económico-patrimonial y derechos de carácter político y funcional. Sánchez (2008) considera que «Los principales derechos del accionista pueden clasificarse en administrativos o patrimoniales, según su contenido sea predominantemente participativo o relacionado con la gestión (en sentido amplio) de la sociedad o bien de carácter económico o patrimonial»; sin perjuicio de que más adelante menciona un «derecho de doble contenido»: el «derecho de preferencia en aumentos de capital».

mariamente a continuación, señalando, en su caso, las especialidades que presentan en las sociedades laborales.

1. Derechos políticos (o administrativos)

1.1. Derecho de asistencia

Toda persona socia tiene derecho a asistir a las juntas generales, con los límites y características que enunciaremos a continuación. Además, en la medida en que se forme parte de alguno de los órganos colegiados, también habrá un derecho de asistencia a sus reuniones. También se prevé la posibilidad de que la asistencia, la intervención y el voto se realicen mediante representación voluntaria (arts. 183 a 187 LSC). Cualquier persona socia puede hacerse representar en la junta general por su cónyuge, ascendiente o descendiente. También podrá ser representada por otra persona, pero en las SL, cuando no se trate de otra persona socia, se requerirá que la representante ostente poder general para administrar todo su patrimonio en territorio estatal; y estatutariamente puede establecerse otras autorizaciones u otros límites a la representación voluntaria. La representación es siempre revocable, teniendo valor de revocación la asistencia personal a la junta. En caso de persona socia sujeta a representación legal (personas jurídicas, menores o personas con diversidad funcional que lo requiera) será quien la ostente quien ejercerá los derechos de asistencia, intervención y voto.

En aplicación de las correspondientes normas para cada tipo de sociedad capitalista, en la SAL, el derecho de asistencia puede ejercerse «a distancia», a través de medios telemáticos, si así se ha previsto estatutariamente y los medios usados garantizan «debidamente la identidad del sujeto» (art. 182 LSC). Para ello, en la convocatoria «se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio».

Por otra parte, podrían establecerse en la SAL límites al derecho de asistencia, aunque ello se compadece poco con su pretendido carácter participativo. Nos referimos a posibles exigencias estatutarias de que se hayan de tener inscritas las acciones en sus registros con al menos cinco días de anticipación (art. 179.3 LSC, dado que en la SAL las acciones son siempre nominativas); o de la necesaria posesión de un porcentaje mínimo de acciones, que no puede ser superior al uno por mil del capital social, art. 179.2 LSC («los estatutos podrían bajar este límite, pero no aumentarlo», Valpuesta, 2013:469). En este segundo supuesto, no obstante, será lícita la agrupación de acciones para alcanzar el porcentaje y ejercer los derechos de asistencia y voto a través de representante común (art. 189.1 LSC).

1.2. Derecho de intervención

A diferencia de lo previsto en algunas leyes reguladoras de las cooperativas, el derecho a tomar la palabra y a formular propuestas, ya sea para su debate ya para su votación, en la legislación de las sociedades de capital no está regulado de forma separada de los de asistencia y/o voto, salvo en un supuesto, el de su ejercicio «a distancia», a través de medios telemáticos. En efecto, el artículo 182 LSC, al regular la «asistencia telemática» —únicamente en las SA y, como hemos visto, si se prevé estatutariamente— incluye una mención a que las personas administradoras podrán determinar que «las intervenciones y propuestas de acuerdos que [...] tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta». La doctrina considera que esta última previsión no debe interpretarse literalmente, como si el derecho de información quedase limitado a su ejercicio anticipado, sino que «los administradores podrán pedir esa “remisión anterior”, pero sin que ello suprima el derecho de información previo a la junta, y sin que impida intervenciones no anticipadas si el desarrollo normal de la junta lo permite» (Valpuesta, 2013:476).

Por lo demás, se ha señalado (Henaó, 2014:122) no únicamente la falta de una regulación legal explícita, sino que doctrina y jurisprudencia atribuyen a la presidencia de la junta facultades discrecionales para limitar el derecho de intervención, en la medida en que cuenta con la de «dirigir las deliberaciones», sobre todo «cuando sea patente su ejercicio abusivo y en detrimento del interés social. Aquel reconocimiento no ha escapado tampoco de algunos límites para evitar su ejercicio desproporcionado; entre estos destaca, primero, el de necesidad; las medidas podrán ser tomadas solo cuando sean indispensables para garantizar el desarrollo ordinario de la reunión; segundo, el de proporcionalidad de los medios empleados; y tercero, el de igualdad de trato para no favorecer a un grupo de accionistas en detrimento de otros, ni de excesiva protección a la minoría en perjuicio de la mayoría».

1.3. Derecho de voto

«Todo socio tiene derecho a participar en la formación de las decisiones sociales a través del ejercicio de su derecho de voto» (Sánchez, 2008). «Mediante el voto se adoptan los acuerdos sociales esenciales, se elige a quienes dirigen la sociedad y la representan y se controla su gestión» (Galán, 2017:177). En las sociedades de capital este derecho no se atribuye,

por regla general, «por cabeza» (una persona socia, un voto) y presenta algunas diferencias según se trate de sociedades anónimas o limitadas.

En las sociedades anónimas rige el principio de proporcionalidad respecto del valor nominal de cada acción, sin que sea válida la creación de acciones que, directa o indirectamente, alteren dicha proporcionalidad (art. 188.2 LSC). No obstante, como excepción, se permite que los estatutos sociales limiten el número máximo de votos que puede emitir una misma persona accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con ellas (art. 188.3 LSC), siempre que dicha limitación afecte a todas las personas socias²⁰. También se permite establecer otro requisito estatutario: el de exigir la tenencia de un número mínimo de acciones para poder ejercitar el derecho de voto, en la línea de lo que hemos visto para el derecho de asistencia; en tales casos, como hemos apuntado, se permite la agrupación para alcanzar el mínimo previsto.

En cuanto al derecho de voto en las sociedades de responsabilidad limitada, se parte igualmente de la proporcionalidad con respecto al valor nominal de la participación en el capital social. Sin embargo, como ya hemos avanzado, una parte de la doctrina considera que la falta de mención expresa en la LSLP hace posible una regulación estatutaria que permita bien «las participaciones de voto plural, de forma que a igual participación en el capital social se tengan distintos derechos de voto» (Andreu, 2016:9; García Valdecasas, 2015; Sánchez, 2017; Santos, 2002:4441), bien «un derecho de voto por socio, con independencia de la participación en el capital social de cada uno» (Galán, 2017:178). A ello se ha contrapuesto la interpretación contraria, esto es, que en la sociedad limitada laboral estaría excluida la creación de participaciones de voto plural (prevista con carácter general para las limitadas en el art. 188.1 LSC), por cuanto en materia de voto plural no opera la legislación de sociedades limitadas como derecho supletorio [...], pues no existe identidad de razón o compatibilidad con los principios generales de la sociedad laboral (Paniagua, 2015a:191-193).

En cualquier caso, en toda sociedad laboral rige, por una parte, un límite máximo a la titularidad de capital social, con el fin, precisamente, de evitar la acumulación excesiva de poder de decisión en pocas manos: ninguna persona socia podrá ser titular de más de la tercera parte del ca-

²⁰ No obstante, con carácter general se considera que su aplicación ha de ser restrictiva, en la medida en que se trata de una «limitación a un derecho esencial» (Broseta y Martínez, 2017:411).

pital social. La LSLP prevé no obstante, dos excepciones: en el caso de una sociedad laboral formada por dos personas socias trabajadoras por tiempo indefinido, en «que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite establecido en este apartado» (art. 1.2 LSLP); y para las personas socias «que sean entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, entidades no lucrativas o de la economía social, en cuyo caso la participación podrá superar dicho límite, sin alcanzar el cincuenta por ciento del capital social».

Por otra parte, se prohíbe la creación de participaciones o acciones sin voto (art. 5.1. LSLP). Sí que estará privada temporalmente de su derecho de voto la persona socia en algunos supuestos específicos: en los asuntos en los que, como veremos, se pueda producir un conflicto entre sus intereses y los de la sociedad; o cuando la persona accionista incurra en mora respecto del pago de sus desembolsos de capital pendiente (art. 83.1 LSC).

Por lo demás, en las SSAA también el derecho de voto puede delegarse o ejercerse «a distancia» mediante correspondencia postal o electrónica, o cualquier otro medio de comunicación, si así se ha previsto estatutariamente y los medios usados garantizan «debidamente la identidad del sujeto» (art. 189 LSC).

1.4. Derecho de información

El derecho de información de las personas socias se ha considerado por algunos autores como un derecho «complementario» o «instrumental» respecto del derecho de voto (Galán, 2017:179; Fernández, 2017:228); por nuestra parte, consideramos que es un derecho de fundamentación y ejercicio autónomos. En cualquier caso, no se trata de un derecho abstracto, sino que se encuentra limitado «por la Ley y los Estatutos, de modo que no puede contravenirse si no se infringen en concreto las normas que lo desarrollan, ni puede convertirse en un genérico deber a cargo de la sociedad, más allá de las concretas actuaciones que la propia Ley señala» (STS de 27/03/2009, citada por Valpuesta, 2013: 257).

Este derecho guarda correlación con el deber de proporcionar tal información por parte de las personas administradoras de la sociedad, que están obligadas a dar la información solicitada salvo en los supuestos especificados en la propia LSC: cuando a juicio del propio órgano su publicación «perjudique el interés social» en las sociedades limitadas (art. 196.2 LSC); en las anónimas, cuando esa «información sea innecesaria para la tutela

de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas» (art. 197.3 LSC). En todo caso deberán proporcionarla si la solicitud de información fue apoyada por personas socias que representen al menos el 25% del capital social (arts. 196.3) o, en las SSAA, el porcentaje estatutariamente previsto de al menos el 5% (197.4 LSC).

Se trata, en definitiva, de que el derecho de información, «como todo derecho subjetivo, está sometido a los límites de un ejercicio conforme a la buena fe y a la prohibición de su abuso» (Henao, 2014:119). El correcto funcionamiento de la sociedad reclama que el derecho de información se ejerza en unas condiciones que no sean excesivamente gravosas²¹. Por ello, a fin de compatibilizar el ejercicio del derecho con el interés social general a la realización fluida de la actividad societaria, la legislación de sociedades de capital especifica el contenido mínimo del derecho, que además puede ser objeto de una regulación más detallada, tanto en los estatutos sociales como en los reglamentos de régimen interno (RRI), si existieran.

Algunos supuestos concretos, como el derecho a examinar la documentación relacionada con los asuntos incluidos en el orden (así, p. e., la relativa a la aprobación de cuentas anuales, respecto de la cual se establece el derecho a obtenerla de forma inmediata y gratuita, art. 272.2 y 3 LSC; o el texto íntegro que se proponga para una modificación estatutaria, así como, en las SSAA, su informe justificativo, arts. 286 y 287 LSC), cuentan con una regulación específica. También pueden considerarse manifestaciones del derecho de información los derechos de examen del Libro registro de personas socias y de certificación de participaciones, derechos o gravámenes en las sociedades limitadas (art. 105 LSC); así como el derecho de examen del libro de acciones nominativas y a su certificación en las sociedades anónimas (art. 116.3 LSC).

²¹ «hay que partir de la base de que el derecho de información de los accionistas es esencial para un correcto funcionamiento de la sociedad y que el conocimiento que proporciona una debida información permite un voto responsable. Pero, ahora bien, no se puede llevar este derecho fundamental societario a un paroxismo que produzca un imposible funcionamiento correcto y normal de la sociedad, sobre todo enclavando la alegación de tal derecho en el área del abuso del derecho», STS 439/2003, de 8 de mayo de 2003, CENDOJ: STS 3132/2003, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3262105&links=derecho%20informaci%C3%B3n&optimize=20030621&publicinterface=true>, 12/10/17, 12:46.

1.5. Derecho de impugnación de los acuerdos sociales

La LSC regula (arts. 204 a 208 y 251) el derecho a hacer desaparecer los efectos de un acuerdo social que, con algunas excepciones legalmente previstas (art. 204.2²² y 3²³ LSC), sea considerado contrario a la Ley; se oponga a los estatutos o a los reglamentos de la junta de la sociedad o del consejo de administración; o lesione el interés social en beneficio de una o varias personas socias o de terceras personas, incluyendo los casos de abuso de mayoría (sobre el concepto de abuso de mayoría o de poder, volveremos, al tratar el deber de lealtad). Se trata de un derecho que en alguno de sus supuestos puede ejercerse individualmente y en otros requiere de una minoría social determinada: personas socias que representen un 1 % del capital social.

Para su ejercicio, quienes cuenten con legitimación podrán iniciar un procedimiento judicial ordinario, en el plazo de un año, salvo que se trate de acuerdos que resulten contrarios al «orden público», en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá. Dado que jurisprudencia y doctrina coinciden en considerar como contrarios al orden público los acuerdos que vulneren «los principios configuradores del tipo social» (García-Villarrubia, 2016), cabe plantearse la posibilidad de que encajen en tal categoría aquellos que de manera deliberada contravengan las especiales características de las sociedades laborales, esto es, los requisitos previstos en el artículo 1.2 de la LSLP.

1.6. Derecho a ser elegido/a para ocupar cargos sociales. Derecho de representación proporcional

Las personas socias tienen derecho a ser elegidas para ocupar cargos sociales, pero tampoco aquí estamos ante un derecho absoluto; su ejercicio está condicionado a que la persona candidata a un cargo social reúna los requisitos legales y, en su caso, estatutarios y a que no incurra en ninguna de las prohibiciones o incompatibilidades para el ejercicio del cargo.

²² Acuerdos dejados sin efecto o sustituidos válidamente por otros.

²³ Algunos supuestos de infracción de requisitos meramente procedimentales, incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad, participación en la reunión de personas no legitimadas, o invalidez de algunos votos o su cómputo erróneo.

Así, por ejemplo, no pueden ser administradoras de la sociedad las personas menores de edad no emancipadas; las judicialmente incapacitadas; las inhabilitadas por concurso durante el período de inhabilitación; las condenadas por delitos contra la libertad, el patrimonio, el orden socioeconómico, la seguridad colectiva, la administración de justicia o por falsedad; y aquellas que estén afectadas por una incompatibilidad legal: miembros de la judicatura, personas funcionarias con funciones relacionadas con las actividades de la sociedad...etc. Por otra parte, el acceso a determinados cargos puede estar reservado a quienes ostenten la cualidad de personas socias, mientras que en otros casos cabe la posibilidad de que acceda una no socia; así es, por ejemplo, respecto del cargo de persona administradora, para el que, salvo disposición estatutaria, no es necesaria la condición de socia²⁴. En otros supuestos se requiere una mayoría cualificada (p. e., la delegación permanente de facultades, art. 249.2 LSC).

En materia de nombramiento de personas administradoras la sociedad laboral presenta una especificidad importante. En efecto, el art. 13.2 LSLP establece que «si la sociedad laboral estuviera administrada por un Consejo de Administración²⁵, los titulares de acciones o participaciones de la clase general podrán agrupar sus acciones o participaciones sociales para nombrar a sus miembros conforme al sistema de representación proporcional previsto en el artículo 243 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital»²⁶. Las críticas doctrinales formuladas en relación con la anterior

²⁴ Cuando, por ejemplo, la sociedad de capital, en ejercicio del principio de autoorganización derivado de la autonomía de la voluntad, considera conveniente la incorporación de personas expertas independientes, o una representación de sus *stakeholders*: personas trabajadoras por cuenta ajena, clientas, proveedoras de bienes y servicios o de capital, la comunidad, y la sociedad.

²⁵ Como recuerda Boquera (2016:8 y 9), «al igual que el derogado artículo 12 de la LSL de 1997, el artículo 13 de la LSLyP solo se refiere al sistema de nombramiento de los administradores cuando la sociedad ha optado por el Consejo de administración. Por tanto, los socios fundadores de la sociedad laboral pueden establecer una administración unipersonal o pluripersonal y dentro de esta segunda opción podrán elegir entre administración mancomunada, solidaria o colegiada». Además «si el tipo social elegido para la sociedad laboral es sociedad de responsabilidad limitada podemos incluir en los estatutos una cláusula de alternancia en el modo de organizar la administración».

²⁶ Artículo 243 LSC, «Sistema de representación proporcional.: 1. En la sociedad anónima las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción.

Ley 4/1997 se mantienen básicamente, al considerarse innecesaria la utilización de un sistema previsto para grandes sociedades anónimas (Embid, 2015; García Ruiz, 2017:86 y 87); no obstante quedan matizadas por dos modificaciones introducidas. Por una parte, la posible representación proporcional en el Consejo se circunscribe ahora a la agrupación de acciones o participaciones de la clase general; y por otra parte, se sustituye la anterior obligatoriedad del sistema proporcional por su uso potestativo.

Cuestión distinta es si, a semejanza de lo que algunas leyes cooperativas prevén, en la sociedad laboral pueden reservarse estatutariamente algunos puestos para la representación de determinados colectivos: de personas socias según su residencia o actividad económica especial, de personas socias de trabajo, de personas trabajadoras no socias...etc. Se trataría con ello de mejorar la representación de algunos de tales «colectivos» que, con ello, verían corregida su eventual infrarrepresentación.

En el caso de la presencia equilibrada de socias y socios, no nos cabe la menor duda de la posibilidad y conveniencia de la adopción de un sistema de cuotas, ya que diversas normas reclaman su «procura». Por una parte, como hemos reiterado la propia LSLP, en su artículo 13.3 establece que «la actuación de los administradores» deberá favorecer «la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres», así como adoptar «políticas o estrategias de responsabilidad social, fomentando las prácticas de buen gobierno». Y en ese sentido es, precisamente, en el de la responsabilidad social empresarial, que la LOIEMH se refiere a la adopción de medidas que tiendan a la «presencia equilibrada» (40%/60%; ver al respecto Senent 2009b y 2009c)²⁷ de mujeres y hombres en los consejos de administración.

2. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del consejo». También aquí señala Boquera (2016:11) que, mientras que el art. 243 LSC sólo se refiere a las sociedades anónimas, el art. 13 LSLP es aplicable a todas las sociedades laborales, limitadas y anónimas.

²⁷ La LOIEMH establece, en su art. 75.1, «Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles», que «Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley». Si bien la «obligación de procurar» se concentra en las grandes sociedades de capital, nada impide que también se establezcan medidas para alcanzar la presencia equilibrada en el resto de sociedades, más aún en las laborales, cuyas personas administradoras tienen un reforzado mandato de «favorecer la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres».

1.7. Otros derechos políticos

A lo largo del articulado regulador de las sociedades de capital se recogen diferentes derechos que, siendo de aplicación menos general, no dejan de formar parte del elenco de facultades de las personas socias, ya sea de forma individual o como derecho de minoría. Apuntaremos a continuación algunos de los de carácter político.

– Derecho a solicitar la convocatoria de junta general (art. 168 LSC).

Las personas socias que representen al menos el 5% del capital social tienen derecho a solicitar la convocatoria de la junta general, expresando en la solicitud los asuntos a tratar; la convocatoria deberá realizarse por las personas administradoras para su realización dentro de los dos meses siguientes, debiendo incluir necesariamente en el orden del día los asuntos propuestos en la solicitud. También puede solicitar la convocatoria cualquier persona socia en los supuestos en que no se hayan atendido los plazos legales o estatutarios para la realización de la junta general ordinaria o de otras previstas estatutariamente; o en supuestos especiales en que se requiera el nombramiento de personas administradoras (art. 171 LSC).

– Derecho a intervenir en la elaboración del acta, y a solicitar acta notarial.

Como se ha indicado (Peyra, 2016), «el secretario que habitualmente redacta las actas de las juntas generales suele pertenecer a la mayoría social», por lo que en la LSC se prevé que un representante de la minoría pueda intervenir en su elaboración. Así, «el artículo 202 de la LSC establece que dos interventores, uno de la mayoría y uno de la minoría, aprobarán el Acta junto al presidente de la Junta. La aprobación podrá hacerse al final de la propia Junta o en los quince días posteriores.» Por otra parte, tanto las personas administradoras como las socias que representen un porcentaje del capital (1% en las anónimas; 5% en las limitadas) pueden requerir la presencia de una persona notaria para que levante acta de la junta general, recayendo el coste en la sociedad (art. 203 LSC).

– Derecho a solicitar el nombramiento o revocación de personas auditoras de cuentas.

La LSC establece que las personas que vayan a ejercer la auditoría de cuentas de la sociedad han de ser nombradas por la junta general, sin especificar más (art. 264), por lo que cabe entender que la solicitud puede partir de quienes tengan derecho a proponer asuntos para el orden del día de la junta general, esto es, una o varias personas socias que representen al menos el 5% del capital (arts. 168 LSC; y 172 LSC para la SA), o cualquier

persona socia cuando no haya sido convocada la junta ordinaria o las estatutariamente previstas (art. 169 LSC).

Para los supuestos en que la junta general deba nombrar una persona auditora y no lo hubiese hecho antes de la finalización del ejercicio a auditar, o la persona nombrada no acepte o no pueda cumplir sus funciones, tanto las personas administradoras como cualquier persona socia pueden solicitar del Registro mercantil su designación. En los supuestos en que no haya obligación de auditar las cuentas son las personas socias que representen al menos el 5% del capital quienes pueden hacer la solicitud de nombramiento al Registro mercantil (art. 265.1 y .2 LSC). Las mismas personas legitimadas para los nombramientos mencionados pueden solicitar su revocación (art. 266 LSC).

2. *Derechos económicos (o patrimoniales)*

Como cuestión previa, se ha de recordar que en las sociedades laborales «las acciones y participaciones, sean de la clase que sean, tendrán el mismo valor nominal y conferirán los mismos derechos económicos» (art. 5.1 LSC). Esto descarta automáticamente la posibilidad, reconocida para las sociedades de capital (arts. 94.2, 95 y 96 LSC) de crear acciones o participaciones con privilegios de carácter económico.

2.1. Derecho al dividendo

El «derecho abstracto» a participar en las ganancias de la sociedad se concreta y se hace efectivo mediante el derecho al dividendo (Galán, 2017:173 y 174), cuando se den unos requisitos legalmente establecidos. En primer lugar, se han de dar beneficios en la sociedad en el ejercicio correspondiente; y en segundo lugar, debe haber un acuerdo de la junta general «sobre la aplicación de resultados de acuerdo con el balance aprobado» (art. 273 LSC).

Existiendo beneficios, la junta general ha de acordar repartirlos o, en caso contrario, justificar su decisión, aunque la junta general mantiene la potestad de crear o ampliar las reservas libres o voluntarias (Henao, 2014:110), o destinarlos «a otras finalidades, fijadas en estatutos o acordadas en la junta (p. ej., si la cuantía no es excesiva, a realizar donaciones o aportaciones a fundaciones, RDGRN 21.11.1991)» (Valpuesta, 2013:764). La eventual justificación de una falta de reparto de beneficios se viene sustentando «en base a necesidades de financiación» (Galán, 2017:174).

En caso de ausencia de una causa que justifique la falta de distribución, puede reclamarse la existencia de un «abuso de derecho»; para su fundamentación suele atenderse a la concurrencia de circunstancias como «la existencia de otras remuneraciones para el socio o grupo mayoritario (en cuanto administradores) en la sociedad distintas del dividendo; la desproporcionalidad de la medida ante el elevado nivel de reservas ya existente; la posible intención de la mayoría de coaccionar a la minoría para que le venda su participación en condiciones más ventajosas o la prolongación en el tiempo de dicha política», (Henaó, 2014:110, citando a Cebriá, Campins y Águila-Real, y Sánchez).

Una vez acordado el reparto de dividendos, nace a favor de cada persona socia un derecho de crédito frente a la sociedad, para reclamar su pago (Sánchez, 2008), de forma proporcional «al valor nominal de las participaciones suscritas»; o «al valor efectivamente desembolsado» de las acciones, quedando suspendida la percepción del «dividendo activo» de las personas accionistas morosas en el desembolso pendiente (Galán, 2017:174). Adopta así la persona socia «una posición análoga a la de cualquier tercero acreedor, disponiendo de un plazo de cinco años para reclamar la percepción de los dividendos (*ex art. 947.3 C. de c.*)» (Broseta y Martínez, 2017:408).

2.2. Derecho a la cuota de liquidación

«Disuelta la sociedad y en período de liquidación, cada uno de los socios tiene derecho a recuperar la parte de patrimonio social que quede libre después de haber satisfecho a todos los acreedores sociales» (Galán, 2017:175). La cuota de liquidación será proporcional a la participación de cada persona socia en el capital social de la limitada; o en el capital desembolsado en la anónima. Se tiene derecho a percibirla en dinero (arts. 391-394 LSC), salvo acuerdo; o disposición estatutaria que reconozca a algunas personas socias el derecho a que se les satisfaga dicha cuota mediante la restitución de las aportaciones no dinerarias realizadas o mediante la entrega de otros bienes sociales, si todavía subsisten en el patrimonio social. En estos últimos casos, la Ley exige que los bienes que se van a entregar «se aprecien en su valor real al tiempo de aprobarse» las cuotas de liquidación (Valpuesta, 2013:1053).

3. Derechos mixtos

3.1. Derecho de adquisición preferente

Como se ha destacado, (Navarro, 2015), la LSLP «establece un nuevo sistema para la transmisión voluntaria de acciones y participaciones tanto

de la clase general como de la laboral²⁸, simplificando el sistema de adquisición preferente regulado en la ley anterior y el colectivo con derechos de preferencia». En efecto, «el régimen derogado preveía un sistema de comunicación individual y jerarquizado en el ejercicio del derecho de adquisición preferente tanto de los títulos de la clase “laboral” como de la clase “general”, para una transmisión “inter vivos” o “mortis causa”, ya fuera voluntaria o forzosa, que resultó ser demasiado farragosa en su redacción y muy confusa en su comprensión» (García Ruiz, 2017: 80, citando a Andreu, 2014 y a Santos, 2002 y 2007).

Se distinguen dos procedimientos: el relativo a la transmisión a personas socias trabajadoras o trabajadoras no socias con contrato por tiempo indefinido, que será libre, salvo previsión estatutaria diferente (art. 6.1 LSLP)²⁹; y el aplicable a «los demás supuestos» (art. 6.2 LSLP). Es en éste segundo en el que «se unifica el procedimiento de transmisión para ambas clases de títulos, “laboral” y “general”» (García Ruiz, 2017:81), se reducen los plazos y se simplifican los trámites significativamente, con la introducción de la comunicación simultánea a todas las personas con derecho de adquisición preferente potencialmente interesadas. Sólo cuando se hayan realizado las ofertas de compra, si excediesen de las acciones o participaciones en transmisión, se priorizarán de acuerdo con el siguiente orden de preferencia: 1. personas trabajadoras indefinidas no socias, en relación directa a su antigüedad en la empresa; 2. personas socias trabajadoras, en relación inversa al número de acciones o participaciones que posean; 3. personas socias de la clase general, a prorrata de su participación en el capital; 4. la sociedad.

Ha sido objeto de crítica doctrinal la eliminación del derecho de adquisición preferente anteriormente reconocido a las personas trabajadoras con contrato temporal (Paniagua, 2015b; García Ruiz, 2017:83; Escuín, 2017:98, que las considera «las verdaderas damnificadas de la reforma», «al permanecer al margen de la mayor parte de las medidas que adopta» la LSLP). En cambio, se considera «más acorde con los postulados de la economía social» que el eventual reparto entre personas socias trabajadoras se haga en relación inversa al número de acciones o participaciones y no a partes iguales, lo que había planteado dudas doctrinales respecto de

²⁸ «La primera novedad es que se unifica el procedimiento de transmisión para ambas clases de títulos, “laboral” y “general”», García Ruiz, 2017:81.

²⁹ «En estos casos, la ausencia de restricciones queda justificada porque no se compromete el componente laboral de la mayoría del capital social», Escuín, 2017:95.

su aplicación³⁰. En cuanto a la adquisición por la sociedad de sus propias acciones, ya hemos visto que deberá hacerse con la finalidad de ofrecerlas a las personas trabajadoras con contrato indefinido; pero únicamente podrá hacerlo «con cargo a beneficios, a la reserva especial o a otras reservas disponibles», sin que pueda endeudarse para ello.

Por lo demás, se ha valorado positivamente (García Ruiz, 2017:81; García Valdecasas, 2015) el mayor carácter dispositivo de la nueva regulación³¹, «con la única limitación legal de que será nula la cláusula estatutaria que prohíba la transmisión voluntaria de las acciones o participaciones sociales por actos “inter vivos” si no reconocen al socio el derecho de separarse de la sociedad en cualquier momento. Esta cláusula estatutaria exige el consentimiento de todos los socios (art. 8.1. LSLP). No obstante, esta prohibición queda atemperada durante un periodo de cinco años desde que se constituya la sociedad. También se prevé esta moratoria en caso de ampliación de capital a contar, dicho plazo de cinco años, desde que se otorga la escritura pública de su ejecución (art. 8.2 LSLP)».

El carácter dispositivo alcanza a «los criterios y sistemas de determinación previa del valor de las acciones o participaciones para los supuestos de su transmisión o amortización [...]. Si esta posibilidad se establece una vez constituida la sociedad, no será de aplicación a los socios que no votaron

³⁰ Ver al respecto Escuín (2017:99), que destaca que «el reparto proporcionalmente inverso al número de acciones o participaciones que cada uno posee permite, por un lado, calcular matemáticamente el número de acciones y participaciones transmitidas que corresponderán a cada oferente y, por otro, beneficiar en el reparto a los socios trabajadores que menos participación tienen en el capital social». Considera, en cambio, esta autora que «la utilización del criterio de la antigüedad en el grupo de los trabajadores indefinidos no llega a cumplir la función de reparto que en principio tiene atribuida».

³¹ Contrariamente, Escuín (2017:95, siguiendo a Alonso Espinosa) considera que «se trata de un sistema *relativamente imperativo* [...] en la medida en que la transmisión habrá de regirse siempre por lo establecido en el art. 6 de la LSLP», «a diferencia de lo que ocurre con una SRL ordinaria, donde los socios pueden pactar el régimen de transmisión restrictivo que consideren oportuno y sólo cuando no se ha pactado nada al respecto actúa el régimen legal, en las sociedades laborales no se reconoce tal autonomía de la voluntad. En consecuencia, los socios no van a tener la oportunidad de diseñar un sistema diferente». Desde esta perspectiva, la excepción del art. 8 LSLP se considera precisamente una posibilidad de alterar el régimen legal de la transmisión, pero únicamente para «agravar su carácter restrictivo», «introduciendo cláusulas estatutarias que supongan el cierre absoluto de la sociedad».

a favor del acuerdo de modificación de los estatutos» (Navarro, 2015). A falta de tal regulación estatutaria, la valoración se realizará por persona experta independiente distinta de la auditora de la sociedad; el «valor razonable» que se fije será entonces válido durante el mismo ejercicio anual. En cualquier caso, si con la pretendida transmisión voluntaria, «cualquiera que sea su clase y circunstancias» se hubiesen de superar los límites que permiten mantener la calificación de «sociedad laboral» (art. 1.2 LSLP), su efectiva realización quedará supeditada al consentimiento de la propia sociedad mediante acuerdo de su órgano de administración. Dicho consentimiento únicamente podrá denegarse si se proponen personas adquirentes alternativas.

La LSLP también regula varios supuestos de transmisión forzosa en los que se establecen derechos de adquisición preferente. Es el caso, por ejemplo, de la obligatoria oferta de transmisión de sus acciones o participaciones por parte de la persona socia trabajadora si se extingue su relación laboral (art. 9 LSLP), lo que activa, como contrapartida, el derecho de adquisición de las demás personas socias, con arreglo a lo previsto en el art. 6 LSLP. También se produce transmisión forzosa en los supuestos de embargo de las acciones o participaciones de la sociedad o de ejecución de la prenda constituida sobre ellas, (arts. 9. 3 LSLP y 109 de la LSC), en los que «la administración habrá de comunicar el resultado de la subasta o del acuerdo de adjudicación de las acciones o participaciones no sólo a los socios, sino también a los trabajadores con contrato indefinido», y «la posibilidad de subrogarse en la posición del rematante o del acreedor, en su caso, queda abierta a todos los grupos de interés [...] conforme al orden de prelación previsto en el art. 6» (Escuín, 2017:106).

Por lo demás, puede regularse estatutariamente un derecho de adquisición preferente específico para la transmisión *mortis causa de las acciones o participaciones de la clase laboral*³². Si bien se realizará, en su caso, por el procedimiento general del art. 6.2 LSLPE, no podrá ejercitarse si las personas herederas o legatarias son trabajadoras por tiempo indefinido de la sociedad.

³² Señala Escuín (2017:105) la contradicción que supone prever únicamente la posibilidad de fijar un derecho de adquisición *mortis causa* preferente para las acciones o participaciones de la clase laboral, perdiendo «la oportunidad de incrementar la participación de los trabajadores en el capital social [...] cuando el objeto de la transmisión *mortis causa* son acciones o participaciones de clase general».

3.2. Derecho de preferencia, de asunción preferente o de suscripción preferente³³

Cuando la sociedad acuerde un aumento de su capital social las personas socias tienen preferencia frente a terceras personas a la hora de suscribir las nuevas acciones o adquirir las nuevas participaciones, en proporción a la participación que hasta entonces detenten en dicho capital. «Con ello se busca garantizar a los socios el mantenimiento de la misma posición [...] (mismo poder de voto y misma participación en beneficios)» (Galán, 2017: 175), «conservar intactos los derechos políticos y económicos que tenían en la sociedad antes del aumento de capital» (Sánchez, 2008). Por ello, se considera «un derecho básicamente político (no perder el grado de influencia en la vida social), pero también económico (obtención de un rendimiento en los casos de ampliación)» (Valpuesta, 2013:844).

Este derecho presenta notables rasgos distintivos en la sociedad laboral. En primer lugar, toda ampliación de capital con emisión de nuevas acciones o participaciones ha de respetar la proporción existente entre las dos clases, laboral y general, con que puede contar la sociedad. La única excepción prevista se dará cuando el aumento de capital tenga como objeto, precisamente, la acomodación del capital a los límites legales³⁴, esto es, que la mayoría del capital esté en manos de personas trabajadoras por tiempo indefinido y que ninguna persona socia tenga más de 1/3 del capital (salvo las excepciones también previstas en el art. 1.2, a y b LSC). Pero además, el derecho de preferencia se tiene respecto de las acciones o participaciones de la misma clase (laboral o general; art. 11.2 LSLP). «Rige, pues, un principio de atribución paritaria, proporcional y, al tiempo, especial, del derecho de suscripción preferente en favor de cada clase de partes del capital en la sociedad laboral» (Alonso, 1997: 82). Las acciones o participaciones no suscritas o asumidas por las personas socias de cada clase se habrán de ofrecer a las personas trabajadoras por tiempo indefinido, según las reglas previstas para el derecho de adquisición preferente (art. 6.2 LSLP), salvo que la junta general que adopte el aumento de capital decida otra cosa (art. 11.3 LSLP).

³³ «La Ley denomina técnicamente “derecho de asunción preferente” al que versa sobre participaciones, “derecho de suscripción preferente” al que se refiere a acciones, y “derecho de preferencia” al conjunto de ambos», Valpuesta, 2013: 844.

³⁴ García Valdecasas (2015) señala, como novedad de la LSLP para la adopción del acuerdo de acomodación del capital a los límites legales, que sólo requiere los *quórum*s y mayorías ordinarias.

Por lo demás, para los casos de exclusión del derecho de preferencia (arts. 304 y 308 LSC) la LSLP remite a la regulación general de cada tipo de sociedad capitalista, aunque se establece un supuesto especial para cuando la sociedad laboral «apruebe un Plan de adquisición de acciones o participaciones por los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido», y «las nuevas acciones o participaciones se destinen al cumplimiento del Plan e imponga la prohibición de enajenación en un plazo de cinco años» (art. 11. 4 LSLP).

3.3. Derecho de separación

El derecho de separación se ha definido como «un derecho individual del socio a darse voluntariamente de baja de la sociedad cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en la Ley o en los estatutos y coincidan los siguientes presupuestos: que la sociedad adopte alguno de los acuerdos que dan derecho a su ejercicio, que el socio no esté a favor del mismo y que, en plazo, exprese su voluntad de separarse. Para la sociedad, la marcha del socio conlleva la obligación de restituirle el valor de sus participaciones o acciones, lo que se materializa a través de la amortización de éstas (con la consiguiente y proporcional reducción de capital) o por su adquisición por la sociedad» (Alfonso, 2017:137).

Las causas de separación pueden ser, pues, legales o estatutarias. Las causas legales de separación más comunes las recoge la LSC (arts. 346 y 348 bis): sustitución o modificación sustancial del objeto social; prórroga o reactivación de la sociedad; creación, modificación o extinción anticipada de prestaciones accesorias (salvo disposición estatutaria); voto en contra de la modificación del régimen de transmisión de participaciones sociales (en la SL); transformación de la sociedad o traslado de su domicilio al extranjero (en los términos de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles) y por la no distribución de beneficios (aunque, como veremos, la LSLP restringe este último supuesto a las personas socias de la clase general). En cuanto a las causas que puedan incluirse en los estatutos sociales, su regulación habrá de incluir «el modo en que deberá acreditarse la existencia de la causa, la forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo de su ejercicio» y su aprobación, modificación o supresión requerirá el consentimiento de todas las personas socias (art. 347 LSC).

Como se ha indicado (Valpuesta, 2013:934), «conceder el derecho de separación a los socios es el resultado de una tensión entre dos ideas contrapuestas. Por un lado, cuando se modifican de forma relevante las condiciones de actuación de la sociedad es lógico que los socios disconformes

puedan separarse de la misma; por otro, el principio mayoritario supone que el socio acepta que la mayoría prevalezca sobre su propia voluntad, y además permitir la separación supone pagar al socio su cuota de liquidación, con el consiguiente empobrecimiento de la sociedad (que tendrá que adquirir ella las participaciones o acciones, o amortizarlas). Por eso, y como solución, la Ley permite la separación sólo en supuestos muy específicos, cuando los cambios estructurales adoptados son de tal relevancia que resultaría injusto imponerlos a todo socio».

Se trata de un derecho más propio de las sociedades en las que tengan peso los rasgos personalistas, quiénes sean las personas socias. Por ello, en las sociedades de capital tiene su origen en la regulación de las sociedades limitadas³⁵; y por ello tiene algunos rasgos específicos en la sociedad laboral. Así sucede en relación con la causa de separación prevista en el art. 348 bis.1 LSC, la falta de distribución de dividendos: «A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles». Sin embargo, en virtud de lo establecido en el art. 16.2 LSLP, dicha causa «no será de aplicación a los socios trabajadores de la sociedad laboral». Esta exclusión del derecho de separación, únicamente aplicable a las personas socias trabajadoras, se sustentaría en «la consideración esencial de esta forma social como una sociedad en la que el poder de decisión corresponde a los trabajadores, entendiéndose que su participación mayoritaria en el capital les permitirá también intervenir de forma decisiva en la gestión y, por ende, en la política a seguir sobre los beneficios de la sociedad». Sin embargo, como también se ha observado (Sánchez, 2017) «no se ha tenido en cuenta que pueden existir posturas discrepantes entre los propios socios trabaja-

³⁵ «La SL es una sociedad esencialmente cerrada en la que las participaciones sociales tienen restringida la transmisión, por lo que para evitar que los socios minoritarios se sientan “prisioneros”, la Ley admite con gran amplitud el derecho de separación de los socios. [...] se produce una especie de disolución y extinción parcial de la sociedad. La sociedad subsiste como tal con el resto de los socios, pero se extingue el vínculo societario con el socio separado o excluido, a quien se liquida su parte en el haber social. El socio separado o excluido pierde su condición de socio y obtiene el valor razonable de sus participaciones sociales, que quedan amortizadas con la consiguiente reducción del capital social» (Esnaola).

dores», privando a las personas socias favorables al reparto de una «vía de presión», incluso en posibles supuestos de «abuso de mayoría».

Por el contrario, la LSLP añade otras causas de separación. Por una parte, cuando la sociedad pierda su calificación como laboral, si así lo prevén los estatutos sociales³⁶ (ap. 1), aunque en los casos en que la descalificación sea consecuencia de acuerdo de la junta general, el derecho de separación únicamente lo detentarán las personas socias que hubiesen votado en contra de dicho acuerdo (art. 16 LSLP). Por otra parte, el art. 8 LSLP prevé que cuando se establezcan cláusulas estatutarias que prohíban la transmisión voluntaria de las acciones o participaciones sociales por actos «inter vivos», los estatutos han de reconocer a la persona socia «el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento. La incorporación de estas cláusulas a los estatutos sociales exigirá el consentimiento de todos los socios». No obstante, se podrá impedir estatutariamente tanto la transmisión voluntaria de acciones o participaciones por actos «inter vivos» como el ejercicio del derecho de separación, «durante un período de tiempo no superior a cinco años a contar desde la constitución de la sociedad, o para las acciones o participaciones procedentes de una ampliación de capital, desde el otorgamiento de la escritura pública de su ejecución».

3.4. Derecho a proponer y/o ejercer la acción de responsabilidad

La responsabilidad específica que adquieren las personas administradoras por su gestión se analiza más adelante. Baste decir ahora, desde la perspectiva de los derechos con que cuentan las personas socias, que la LSC prevé varias vías para que las personas socias soliciten a la junta general o ejerzan directamente acciones judiciales para reclamar a quienes ostenten la administración su responsabilidad por una gestión que cause daño «por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre que haya intervenido dolo o culpa» (art. 236.1 LSC).

Por una parte, cualquier persona socia tiene derecho a solicitar a la junta general, aunque no conste en el orden del día, que acuerde por mayo-

³⁶ No obstante, Sánchez (2017) estima que si en los estatutos sociales se opta por configurar la pérdida de la calificación como sociedad laboral como causa de disolución (posibilidad expresamente prevista en el art. 15.6 LSLP), procedería aplicar preferentemente el procedimiento de disolución frente al derecho individual de separación.

ría ordinaria el ejercicio de la acción social de responsabilidad (art. 238.1 LSC). Y cuando la junta general se plantee transigir o renunciar al ejercicio de la acción, pueden oponerse a ello personas socias que representen el 5% del capital social (art. 238.2 LSC): «aquí, curiosamente, una minoría de un 5% se sobrepone al resto de socios, pero nótese que sólo es para continuar con el ejercicio de la acción. La Ley hace primar la depuración de posibles responsabilidades sobre los acuerdos mayoritarios» (Valpuesta, 2013:668).

Por otra parte, si las personas administradoras no convocan la junta general solicitada para ello; cuando, acordada la acción judicial ésta no se llevase a efecto en un mes; o cuando el acuerdo de la junta general hubiese sido contrario a la exigencia de responsabilidad, la legitimación se convierte en un derecho de minoría a entablar la acción directamente, «en defensa del interés social» (art. 239 LSC). Efectivamente, en tales casos las personas socias que, individual o conjuntamente, posean una participación en el capital que les permita solicitar la convocatoria de junta general pueden ejercer la acción social; y, además, pueden hacerlo directamente (sin necesidad de esperar a que se dé alguno de los supuestos mencionados) cuando la responsabilidad que se reclama se derive de la infracción del deber de lealtad (que veremos después; arts. 227 a 232 LSC). Con todo ello pretende evitarse que el ejercicio de la acción social de responsabilidad quede en manos exclusivamente de la junta general, «a menudo controlada por los administradores» (Valpuesta, 2013:668). Por ello, en cualquiera de estos supuestos, si se estimase total o parcialmente la demanda, la sociedad habrá de reembolsar a las personas socias los gastos necesarios en que hubiesen incurrido (art. 239.2 LSC).

Todo ello, siempre sin perjuicio de que las personas socias cuentan con la posibilidad de ejercer la acción de responsabilidad a título individual cuando consideren que los actos de las personas administradoras lesionan directamente sus intereses (art. 241 LSC). Como se ha indicado, el principal rasgo que caracteriza la aplicación de una acción individual es «el patrimonio afectado, de forma que cuando el patrimonio dañado sea el de la sociedad, se ejercitará la acción social y cuando se perjudique al patrimonio privativo de socios o de terceros, entonces entrará en juego la acción individual» (Guerrero, 2017:262; Valpuesta, 2013:662)³⁷.

³⁷ «y por eso la indemnización se integrará en el patrimonio del actor perjudicado, no de la sociedad [...] De acumularse en una demanda ambas acciones (y siempre que esté legitimado el actor para ejercer la acción social, arts. 239 y 240 LSC),

3.5. Derecho a solicitar la disolución, liquidación y reactivación de la sociedad

La LSC (art. 363) establece una serie de supuestos en los que la sociedad de capital debe disolverse. En tales casos, corresponde a las personas administradoras el deber de convocar una junta general que tome el correspondiente acuerdo de disolución; pero cualquier persona socia puede solicitarles la convocatoria si, a su juicio, concurre alguna de las causas de disolución o la sociedad fuera insolvente (art. 365.1 LSC). Y si la junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara el acuerdo de disolución o, alternativamente, «aquellos que sean necesarios para la remoción de la causa», cualquier persona interesada (y, por tanto, cualquier socia) puede instar la disolución ante el Juzgado de lo mercantil (art. 366 LSC). También está prevista la legitimación de cualquier persona socia ante el Juzgado de lo mercantil en los supuestos en que la sociedad devenga irregular por falta de su inscripción registral (art 39 LSC).

Por otra parte, la sociedad puede acordar la disolución sin necesidad de que concurra alguna de las causas del art. 363; y puede acordar su reactivación, su «retorno a la vida activa» en determinados supuestos. En tales casos, a falta de especificación legal, también aquí cabe entender que la solicitud puede partir de quienes tengan derecho a proponer asuntos para el orden del día de la junta general: las personas socias que representen al menos el 5% del capital (arts. 168 LSC; y 172 LSC para la SA).

Por lo demás, la LSC prevé otros supuestos específicos en los que, durante el proceso de liquidación, las personas socias, individualmente en algunos casos o si alcanzan una determinada minoría en otros, pueden ejercer derechos. Es el caso de la cobertura de vacantes en los cargos de personas liquidadoras; su separación; su sustitución; o el nombramiento de personas interventoras (arts. 377, 380, 389 y 381 LSC).

4. Derechos y modalidades de su ejercicio «emergentes»

Ya hemos señalado con anterioridad (Senent, 2016), que el reconocimiento legal de derechos y deberes de las personas socias es fruto de todo un proceso histórico de evolución legislativa, a lo largo de décadas, y

habría que articular dos *petitum* subsidiario uno del otro, y además argumentar cada acción con hechos y fundamentos legales distintos (aunque los requisitos de la responsabilidad son comunes)», Valpuesta, 2013:662 y 663.

que dicho proceso sigue abierto. Por ello, es conveniente referir también las tendencias que apuntan a la aparición de nuevos derechos y nuevas modalidades de su ejercicio en la sociedad laboral. Hemos identificado algunos.

Por una parte, en el contexto de la consolidación de la Sociedad de la información y las comunicaciones, se vienen acogiendo en la legislación societaria nuevas modalidades de ejercicio de los derechos de las personas socias. En paralelo, el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales tiene una traslación indudable a las relaciones jurídicas societarias y de prestación de trabajo, que va a requerir la observancia de nuevos deberes. Por otra parte, la aplicación de la perspectiva de género nos revela lo que hasta ahora quedaba olvidado: la consideración de los derechos y deberes de los socios como categorías universales invisibilizaba las necesidades de «la otra mitad» de las personas socias. La conciliación de la vida personal, familiar y laboral; la presencia equilibrada en los órganos de participación y gestión; las medidas de acción positiva para alcanzar la igualdad (retributiva, formativa, de promoción...etc.), deben ir configurando nuevos derechos y deberes en empresas que incluyen la responsabilidad social en sus señas de identidad.

4.1. El ejercicio de los derechos y deberes sociales mediante las tecnologías de la información y de las comunicaciones

El desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en las últimas décadas ha llegado a muchos ámbitos de la actividad humana, incluyendo al de la organización societaria y empresarial. Uno de los aspectos de ésta en que puede y debe ir incorporándose es precisamente el del ejercicio de los derechos y deberes sociales (Esteban, 1994:179). En efecto, la utilización de medios como el ordenador, su conexión a Internet, el teléfono móvil o las cámaras web pueden facilitar enormemente la relación entre la persona socia y la sociedad, muy especialmente en uno de los derechos básicos y de ejercicio frecuente: el derecho de información. La legislación de las sociedades de capital ha ido incorporando en los últimos años buena parte de estas cuestiones:

a) Pueden tener un sitio web («página web») corporativo (arts. 11, *bis* y *ter* LSC), con funciones en cierto modo equiparables a una «sede electrónica».

b) Las comunicaciones entre la sociedad y las personas socias, incluida la remisión de documentos, solicitudes e información, pueden realizarse

por medios electrónicos siempre que hayan sido aceptadas por la persona socia (art. 11 *quater* LSC).

c) En las sociedades anónimas, los estatutos pueden regular la asistencia a la junta general «por medios telemáticos, que garanticen debidamente la identidad del sujeto, en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta. En particular, los administradores podrán determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a esta Ley, tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta», (art. 182 LSC).

d) Los estatutos de las sociedades anónimas pueden establecer que «el voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el orden del día de cualquier clase de junta general podrá delegarse o ejercitarse por el accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto». En tales casos, quienes emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la junta como presentes. (art. 189 LSC). También puede conferirse la representación voluntaria en la junta general de la sociedad anónima «por medios de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos establecidos en esta Ley para el ejercicio del derecho de voto a distancia y con carácter especial para cada junta» (art. 184 LSC).

No obstante, quedan por explorar nuevas modalidades de integración de las TIC en el ámbito societario en general y en el ejercicio de los derechos de las personas socias en particular. Así, por ejemplo, podemos apuntar la utilización de imágenes y otras señas biométricas para el reconocimiento de la cualidad de persona socia y, por tanto, para el ejercicio de las relaciones societarias; o las grabaciones audiovisuales como actas de las reuniones de los órganos sociales. Para la implementación de estas y otras utilizaciones de las TIC en el ámbito societario recomendamos, no obstante, tener en cuenta dos aspectos: por una parte, la conveniencia de regular estatutariamente (y, en su caso, también reglamentariamente) sus condiciones de uso, a fin de procurar seguridad jurídica tanto a la sociedad como a la persona socia; por otra parte, tener en todo caso presente la necesidad de evitar que su uso pueda afectar a los derechos de las personas socias, siendo, antes al contrario, aconsejable que la sociedad laboral adopte medidas para salvar eventuales «brechas digitales».

4.2. El derecho a la intimidad en el ámbito societario

Otro aspecto que la generalización del uso de las TIC pone de manifiesto es el surgimiento de nuevos aspectos, nuevas modalidades del deber de respeto a la intimidad (Senent, 1999). Con ello, se hace patente la necesidad de trasladar su reconocimiento y protección al ámbito de los derechos de las personas socias, en tanto que afectadas por ficheros que contienen sus datos personales y los correlativos deberes de la sociedad³⁸; así como tener en cuenta sus límites, en la medida en que los datos en cuestión constituyan información requerida legalmente o de necesario tratamiento para el mantenimiento de la relación contractual (societaria, laboral...).

En ese sentido, cabe recordar que, como señala el artículo 2 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, la protección de los datos no alcanza a los «referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales». En cuanto al acceso a los datos personales de personas físicas socias, cabe mencionar el Informe 0338/2012 de la Agencia Española de Protección de Datos³⁹, que basándose a su vez en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2009, rec. 4712/2005, hace una interpretación integradora de lo previsto en la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) y en la LSC, estableciendo las siguientes cuestiones:

- a) La revelación de datos de los libros registros de socios constituye una «cesión de datos» [art. 3, i) de la LOPD]; por tanto,
- b) «podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario» sin necesidad de solicitar autorización a la persona interesada en la medida en que «la cesión está autorizada en una ley» (art. 11 LOPD). Es lo que se desprende del art. 116 LSC cuando autoriza a cualquier persona socia a solicitar el examen del libro registro de acciones nominativas,

³⁸ Una síntesis de las obligaciones de las empresas, sean personas jurídicas o físicas, en relación con sus obligaciones respecto de los datos de carácter personal de las personas físicas (y, por tanto, también de las que sean socias) puede verse en <http://www.crear-empresas.com/obligaciones-proteccion-datos>, 29/10/17, 14:50.

³⁹ La AEPD se había pronunciado ya en el mismo sentido en relación con el acceso a los datos de las personas socias de una cooperativa en su Informe 279/2004

- c) la aplicación del art. 4.1 LOPD hace que dicha comunicación de datos deba ser «proporcionada, y en consecuencia limitada a los nombres y apellidos, domicilio y demás datos de los socios a los que se refiere» el art. 116.1 LSC (derechos reales y otros gravámenes sobre las acciones nominativas); y, además,
- d) la comunicación de datos no es omnímoda, sino que ha de estar relacionada con el ejercicio de la condición de socio, puesto que así lo dispone el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999 conforme al cual los datos «no podrán utilizarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos».

Cuestión distinta es la relacionada con la necesaria publicidad de determinados datos relativos a las personas que realicen actividades de gestión y representación en las sociedades de capital y que, por tanto, «tienen el poder de obligarla»s, que «se lleva a cabo en interés general, en aras de la seguridad jurídica»⁴⁰, por lo que «priman sobre el derecho de las personas cuyos datos figuran en un registro de sociedades a reclamar, tras un cierto período, que se supriman o hagan anónimos los mismos, o bien solicitar que su publicación se limite a terceros que justifiquen un interés legítimo».

Respecto de cualesquiera otros datos personales relacionados con las personas socias el criterio general habrá de ser la consideración, por defecto, de datos sometidos plenamente a la aplicación de la LOPD, de su Reglamento de aplicación y, a partir del 25/05/18, el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea⁴¹.

⁴⁰ Conclusiones del Abogado General Yves Bot, 08/09/16, Asunto C-398/15, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d6c9baa4ec4a864209a168c6176c23ef19.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PahqNe0?text=&docid=183142&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=386998>, 29/10/17, 15:32. Ver al respecto el comentario de Alfaro (<http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2017/03/ni-la-proteccion-de-los-datos-justifica.html>), 29/10/17, 15:35.

⁴¹ El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) será efectivamente aplicable a partir del próximo 25 de mayo de 2018: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/union_europea/reglamentos/common/pdfs/Reglamento_UE_2016-679_Proteccion_datos_DOUE.pdf, 31/10/17, 10:27. Una síntesis de los principales cambios que introduce en la protección de datos en España puede consultarse en <https://www.pro>

4.3. Los derechos de las personas socias de la sociedad laboral desde una perspectiva de género

Consideramos que las características y principios de las sociedades laborales (de manera similar a las de las cooperativas) las hacen formas de organización empresarial especialmente adecuadas para que las mujeres resuelvan sus necesidades y se empoderen. Pero (como también hemos advertido para las cooperativas) los prejuicios sociales y culturales dominantes actúan por igual que en el resto de la sociedad patriarcal, frente a lo cual se puede y se debería responder introduciendo cambios en su estructura organizativa. Ya hemos visto que, en alguna medida, los principios de la economía social y el mandato de los apartados 3 y 4 del art. 13 LSLP señalan ese camino. Es por ello que proponemos la revisión del elenco de derechos y deberes de las personas socias a la luz de una nueva mirada, la de la perspectiva de género. Con ella se nos revela lo que hasta ahora quedaba invisible: que tales derechos y deberes se han venido definiendo tomando como criterio o categoría universal la perspectiva masculina. Esta parcialidad en la mirada olvidaba las necesidades y justas aspiraciones de «la otra mitad» de las personas socias. Observar los derechos y deberes de las personas socias de una manera integradora, realmente «universal», lleva, inevitablemente, a demandar la inclusión de nuevos derechos y deberes, mucho más en empresas que, como las sociedades laborales, incluyen la responsabilidad social en sus señas de identidad.

Varios bloques de derechos esenciales requerirían, a nuestro entender, de un reconocimiento normativo y estatutario, así como de la adopción de medidas adecuadas para su aplicación efectiva:

- el derecho a la igualdad real, retributiva, formativa y de promoción, de mujeres y hombres;
- el derecho, de mujeres y hombres, a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; y,
- el derecho a la presencia equilibrada de personas de ambos sexos en los órganos de participación y gestión.

tecciondatos-lopd.com/empresas/nueva-ley-proteccion-datos-2018/, 31/10/17, 10:33.

Para más información, puede consultarse el sitio web de la Agencia Española de Protección de Datos, particularmente sus «Herramientas de ayuda»: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canalresponsable/inscripcion_ficheros/herramientas_ayuda/index-ides-idphp.php, 31/10/17, 10:25.

– el derecho a prevenir y, en su caso, sancionar la violencia de género en el ámbito societario.

Como ya hemos apuntado, el soporte jurídico-social de tales derechos podemos encontrarlo no sólo en los propios principios de la economía social, sino que además, en el ámbito del Estado español, se deriva de la concreción de los principios recogidos en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española y en su desarrollo por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (arts. 3, 4, 5, 6 y 10) que hacen transversal el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Por lo demás, ya no puede entenderse que una sociedad laboral (o cualquier otro tipo de empresa) es socialmente responsable si no aborda medidas que tiendan a garantizar tales derechos.

III. LAS OBLIGACIONES DE LAS PERSONAS SOCIAS EN LAS SOCIEDADES LABORALES

Si hay una información que la persona socia necesita tener a su alcance es la relacionada con los deberes que adquiere frente a la sociedad, frente al resto de personas socias y/o frente a terceras personas, ya que su incumplimiento puede llevar aparejada la posible exigencia de responsabilidad y, eventualmente, su sanción (p. e., arts. 86.1 y 157.2 LSC), incluida la posible suspensión de derechos (p. e., art. 152.3 LSC). La sociedad, además, en algunos supuestos, podría instar judicialmente el cumplimiento forzoso de las obligaciones (p. e., art. 84.1 LSC) así como, en su caso, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (p. e., arts. 32.1, 84.1 y 445.3 LSC). Como contrapartida, la sociedad, en la medida de sus posibilidades, ha de procurar remover los obstáculos que puedan dificultar el cumplimiento de sus deberes a las personas socias.

Pero, como se ha indicado «los deberes del socio no aparecen recogidos de manera sistemática en la LSC, [...] no se encuentran en una norma legal concreta. Hay que acudir a diversas disposiciones legales, a principios jurídicos, y a la jurisprudencia para estudiar la aplicación e incidencia de los deberes del socio» (MadridLegal). La información sobre cuáles son esos deberes se ha de buscar, pues, a lo largo del articulado de la normativa reguladora de las sociedades de capital, fundamentalmente en las diferentes previsiones al respecto de la LSC. Pero no debe olvidarse que la sociedad, en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 28 LSC) puede establecer otras obligaciones en su normativa interna, «siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo

social elegido»; será necesario, por tanto, en cada caso, revisar los correspondientes estatutos sociales y, si los hubiere, los reglamentos de régimen interno. Finalmente, cabe tener presente que también pueden existir obligaciones para las personas socias que estén vigentes en virtud de «meros» acuerdos de los órganos sociales.

Veremos a continuación los rasgos característicos de los principales deberes de las personas socias de una sociedad laboral.

1. Obligación de efectuar la aportación al capital

«La obligación básica de los socios es siempre la de realizar las aportaciones correspondientes al capital social» (Esnaola) que han de estar íntegramente asumidas por las personas socias. Su desembolso también ha de ser íntegro en el momento de su suscripción en las sociedades limitadas (art. 78 LSC), mientras que en las anónimas se permite el aplazamiento del pago de hasta las tres cuartas parte de su valor nominal, en la forma y plazo estatutariamente previstos (arts. 79 a 80 LSC). La obligación así aplazada «será exigible en los términos establecidos en los estatutos sociales»; pero «para tutelar convenientemente a los accionistas a fin de que conozcan exactamente los plazos de la obligación, se exige la notificación a los afectados o el anuncio en el BORME (art. 81.2 LSC)», con al menos un mes de anticipación al cumplimiento de plazo (Fernández y Martínez, 2017:153).

La parte pendiente de desembolso de las acciones suscritas recibe la denominación de «dividendos pasivos». El incumplimiento de los plazos previstos para dicho desembolso hace que la persona socia incurra en «mora» y que quede privada de algunos de sus derechos. Así, no podrá ejercitar su derecho de voto; no tendrá derecho a percibir dividendos ni a la suscripción preferente de nuevas acciones o de obligaciones convertibles. La sociedad podrá, según los casos, reclamarle el cumplimiento de la obligación, con el abono del interés legal más los daños y perjuicios, o enajenar las acciones por cuenta de la persona morosa (art. 84 LSC).

2. Obligación de efectuar, en su caso, prestaciones accesorias

Como se ha indicado (Esnaola), las prestaciones accesorias «son aquellas obligaciones sociales que pueden establecerse en los Estatutos, como accesorias de la obligación principal que tiene todo socio de realizar su aportación al capital social, y en virtud de las cuales todos o algunos socios se comprometen a efectuar, gratuita o retribuidamente, prestaciones

que en ningún caso podrán formar parte de dicho capital». Consecuentemente, al no formar parte del capital social, no están sometidas al mismo régimen jurídico; al ser accesorias, no son necesarias para la existencia de la sociedad; no son posibles sin una previa aportación social, ya que sólo pueden imponerse a los socios; y dado su carácter potestativo, las personas socias pueden decidir establecerlas o no y, en su caso, imponerlas a todas las personas socias o sólo a algunas de ellas.

Las prestaciones accesorias «tienen, siempre, “carácter estatutario”. Si no constan en estatutos podrán configurar prestaciones del socio frente a la sociedad exigibles por otra vía, pero desde luego no reguladas por la Ley de sociedades de capital» (Valpuesta, 2013:240 a 245, citando un supuesto de no reconocimiento de tal carácter a un acuerdo social, en una STS de 09/07/07). Consecuentemente, su modificación o extinción requerirán el procedimiento previsto para la modificación estatutaria, pero, además, el consentimiento individual de las personas obligadas (art. 89 LSC). En cuanto a cuál pueda ser el tipo de obligación en que consista la prestación accesoria, se incluye cualquier obligación lícita «de hacer, de dar o de no hacer», incluyendo, por ejemplo, la de «ejercer cargos directivos, con la retribución correspondiente» (STS de 15/04/97); o, con matices, la entrega de dinero (RDGRN de 27/07/01).

Pueden establecerse en la regulación estatutaria de las prestaciones accesorias eventuales «cláusulas penales inherentes a su incumplimiento» (art. 86.1 LSC). Además, en las sociedades limitadas, su incumplimiento voluntario es una de las causas que faculta a la sociedad a excluir a la persona socia (art. 350 LSC).

3. Obligación de ofrecer las acciones o participaciones en caso de extinción de la relación laboral

El art. 9 LSLP establece la obligación de la persona socia trabajadora cuya relación laboral con la sociedad se extinga de ofrecer la adquisición de sus acciones o participaciones a los grupos de personas interesadas (trabajadoras indefinidas, socias trabajadoras y socias «generales») y por el procedimiento previsto en el art. 6 LSLP.

Si ninguna de las personas legitimadas en el art. 6 LSLP ejercita su derecho de adquisición en el plazo de un mes, se mantiene la cualidad de socia pero pasando las acciones o participaciones a ser de la clase general. En caso de que sí que manifiesten su interés, la persona socia que ve extinguida su relación laboral puede ser requerida a la transmisión; y, en caso

de incumplimiento, el órgano de administración de la sociedad laboral podrá otorgar la venta, «por el valor razonable o, en su caso, el establecido conforme a los criterios de valoración previstos estatutariamente», consignándolo a disposición de aquélla.

No obstante, podrán establecerse cláusulas estatutarias especiales para los casos de jubilación e incapacidad permanente, excedencia o cuando por subrogación legal o convencional la persona socia deje de ser trabajadora de la sociedad (art. 9.2 LSLP). En relación con estos supuestos, mientras que se valora positivamente la posibilidad de «dulcificar por vía estatutaria el rigor del precepto» para el supuesto de incapacidad permanente «porque si el socio ha dejado de ser trabajador no lo ha hecho por voluntad propia o por incumplimiento de sus obligaciones» (Escuín, 2017:107, citando a Valpuesta y Barberena); se considera especialmente criticable la inclusión entre diversos supuestos de extinción de la relación laboral de la excedencia «que es una situación temporal con consecuencias jurídicas distintas» (Escuín, 2017:107, citando a Gómez Calero y a Barrero).

4. El deber de fidelidad

El denominado «deber de fidelidad» suele relacionarse con los deberes de las personas administradoras regulados en los arts. 225 a 232 LSC; y sin embargo, el también denominado «deber de lealtad» es reclamable a cualquier persona socia: «cualquier acción desempeñada por un sujeto, por encima de pactos privados o disposiciones normativas, debe de seguir un estándar de conducta que impone un determinado comportamiento ético en las relaciones jurídicas, el de la buena fe. [...] En el plano doctrinal no se discute este deber de lealtad en todos los tipos societarios⁴², pero hay autores que defienden que el contenido y extensión del deber varían según el tipo societario y la naturaleza más personalista o capitalista de la concreta sociedad, y la posición o poder de los socios. Así, el deber será más intenso y extenso en sociedades personalistas que en las capitalistas, y también más extenso para los socios mayoritarios o de control que para los minoritarios.» (AbogadosMadridLegal; en el mismo sentido, Villafañez, 2013:123).

El deber de fidelidad en el ámbito societario habría de ser entendido «desde una doble perspectiva, una proactiva y una propasiva. La primera de las facetas no es exigible a todos los socios en las sociedades de capital, pues

⁴² En el mismo sentido se expresa Sáez, 2016:10, citando, por tod@s, a Girón, Paz-Ares y Recalde.

el socio inversor de la sociedad anónima abierta no está obligado a cumplir un deber de colaboración que le constriña a participar activamente en la vida social; cuestión distinta sucede tratándose de aquellos socios que desde su posición —v. gr., los socios de control— pueden incidir directamente sobre los acuerdos adoptados en la junta general o influir sobre el comportamiento de los demás órganos sociales; sobre estos últimos sí recae un deber de participación activa sujeto a ser ejercido de forma leal. Ahora, desde su rol de socio individualmente considerado, a todos ellos sí es exigible una fidelidad propasiva en relación con todos los actos que puedan afectar a la sociedad frente a terceros; esto quiere decir que les es exigible abstenerse de desarrollar conductas tendientes a realizar impugnaciones abusivas de acuerdos sociales, aprovechamiento desleal de informaciones obtenidas de la sociedad, o el uso de informaciones difamatorias de la sociedad. [...] El marco sobre el cual se exige un determinado comportamiento al socio es el de la prohibición del socio de obtener ventajas para sí a costa del interés de la sociedad o en perjuicio de otro socio.» (Henao, 2014:102)⁴³. El deber de lealtad incluye, pues, a su vez, diversos deberes de hacer y de no hacer, que pueden contar con una regulación específica:

4.1. El deber de guardar secreto

El art. 228, b) LSC incluye, entre las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad de las personas administradoras la de «guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera». Entendemos que dicho deber se extiende a las personas socias en virtud de una interpretación lógica del contenido de los artículos 196 y 197 LSC: si la Ley permite a las personas administradoras no suministrar información solicitada cuando consideren que ello pueda perjudicar el interés social, en las SRL, o también cuando consideren que sea innecesaria para la tutela de los derechos de las personas socias o que podría utilizarse para fines extrasociales, en las SA; si, a pesar de ello, las personas socias pueden reclamar dicha información cuando cuenten con una determinada minoría (el 25% del capital); cabe deducir que, a cambio, asumen junto con la información el

⁴³ Cita esta autora, a su vez, a Cebriá L. H. «El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital», en Cuadernos de Derecho y Comercio, n.º 56, Consejo General de los Colegios oficiales de Corredores de Comercio, 2011, p. 92.

deber de guardar secreto en virtud de su más general deber de fidelidad, siempre que exista una probabilidad significativa de que la difusión de la información pueda perjudicar los intereses sociales.

4.2. El deber de evitar situaciones de conflicto de intereses

Frente a las situaciones en que pueda considerarse que los intereses de la persona socia pueden ser contrarios o perjudiciales a los de la sociedad, como aquellas en que realice actividades concurrenciales con las del objeto social, la Ley prevé, como veremos, en algunos casos, el deber de la persona socia de abstenerse en la adopción de acuerdos que puedan estar relacionados con ello; en otros supuestos, la Ley adopta otras medidas cautelares; y, cuando el deber recae en personas administradoras se hace más exigente.

Hasta la reforma de la LSC «para la mejora del gobierno corporativo», de 2014, el art. 190 LSC regulaba exclusivamente el deber de abstención de las personas socias por conflicto de intereses en las sociedades de responsabilidad limitada; pero tras la reforma, dicho deber de abstención se extiende a las personas socias de las anónimas. Los supuestos en que se establece la obligatoriedad de la abstención se refieren a la votación de acuerdos que tengan por objeto: a) autorizar a la persona socia a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria; b) excluirle de la sociedad; c) liberarle de una obligación o concederle un derecho; d) facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera; o e) dispensarle, cuando sea persona administradora, de sus eventuales obligaciones derivadas del reforzado deber de lealtad (arts. 190.1 y 230.2 LSC) que conlleva el cargo. En las restantes situaciones de conflicto de intereses, las personas socias no quedarán privadas de su derecho de voto, aunque la LSC establece cautelas para aquellos supuestos en que sus votos hayan sido decisivos para la adopción del acuerdo correspondiente.

En cuanto al mayor rigor que este deber de evitar situaciones de conflicto con la sociedad adquiere en las personas administradoras, se concreta, por una parte, en que el deber de abstenerse de ejercitar su derecho de voto se extiende a los acuerdos o decisiones en que no solo ella sino alguna «persona vinculada»⁴⁴ tenga un conflicto, directo o indirecto (art. 228, c LSC); y, por otra, una clara exigencia «proactiva» de carácter general:

⁴⁴ Sobre el concepto de «persona vinculada», ver el art. 231 LSC. También pueden verse nuestras observaciones sobre las diferentes formas de abordar la figura en

«adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad» [art. 228, e) LSC]. En virtud de ésta última obligación, la persona administradora debe abstenerse de diferentes comportamientos, tales como realizar transacciones de una cierta entidad con la sociedad; utilizar el nombre de la sociedad o su condición de administradora indebidamente; hacer uso de activos e información sociales con fines privados; desarrollar actividades en competencia... etc.; debiendo además comunicar a la junta general la posible existencia de situación de conflicto (art. 229 LSC). No obstante todo ello, la LSC (art. 230 LSC) regula los supuestos y las condiciones en que la sociedad puede dispensar del deber de evitar las situaciones de conflicto.

Finalmente, como supuesto concreto del deber de evitar situaciones de conflicto de intereses en las sociedades laborales encontramos que la condena de la persona socia a indemnizar a la sociedad por la realización de actividades perjudiciales para los intereses sociales (ap. 3) es una de las causas legales previstas de su exclusión⁴⁵. En tales casos, «las acciones o participaciones de los socios separados o excluidos deberán ser ofrecidas a los trabajadores de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido, conforme a lo previsto en el artículo 6 de esta ley. Las acciones o participaciones no adquiridas deberán ser amortizadas mediante reducción del capital social».

4.3. El deber de evitar el abuso de poder

La redacción actual del art. 204 LSC, al definir los acuerdos impugnables por lesión al interés social indica que ésta «se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría», y especifica que «se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios».

Senent, 2015, «En torno al informe de impacto de género sobre el Anteproyecto de Código Mercantil», pp. 42 y 43, algunas de las cuales pueden trasladarse aquí.

⁴⁵ «de forma imperativa pero quedando su aplicación al arbitrio de la junta general, sin que se regule el *quorum* necesario para ello. Entendemos que será el ordinario» (García, 2015).

Como indica la sentencia del Tribunal supremo n.º 873/2011, de 7 de diciembre⁴⁶, «Los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos —tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder—, deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría».

En definitiva, pues, los acuerdos abusivos son contrarios a los intereses sociales y, por tanto, vulneradores del deber de lealtad para con la sociedad. En esa línea debe interpretarse también el específico deber de la persona administradora de «no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas» [art. 228, a), LSC].

4.4. Otros supuestos de específico deber de diligencia para las personas administradoras

El art. 225 LSC establece un «deber general de diligencia» para las personas administradoras que consiste en «desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por la ley y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos». Como concreción de tal deber se cita, por ejemplo, su obligación de asistencia a la junta general: «aunque no lo estableciera, como sí lo hace, el art. 180 LSC, sería algo implícito» (Valpuesta, 2013:472).

Es el caso también de otros supuestos, por ejemplo los siguientes⁴⁷: tener la dedicación adecuada y adoptar las medidas precisas para la buena

⁴⁶ La STS de 7 de diciembre de 2011, citada por Henao (2014:114 y 115), también es mencionada de forma reiterada en una más reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (357/2017, de 12/09/2017, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8157070&links=impugnaci%C3%B3n%20de%20acuerdo%20social&optimize=20171004&publicinterface=true>), comentada, a su vez, por Jesús Alfaro Aguila-Real, en su blog, Almacén de derecho, el 17/07/17, con el título «Impugnación de acuerdo social sobre retribución del administrador por contrario al interés social», <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2017/09/impugnacion-de-acuerdo-social-sobre.html>, 10/10/17, 17:40.

⁴⁷ Para un estudio más detallado, ver Villafañez, 2013, pp. 126 y ss.

dirección y el control de la sociedad (art. 225.2 LSC); exigir de la sociedad la información adecuada y necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones (art. 225.3 LSC); desempeñar sus funciones con libertad de criterio o juicio e independencia (art. 228, d) LSC); convocar la junta general «en las fechas o períodos que determinen la ley y los estatutos» (art. 167 LSC), como es el caso de los supuestos legalmente previstos de disolución de la sociedad o de solicitud de concurso (art. 365.1 LSC); o «mantener lo insertado en la página web durante el término exigido por la ley» (art. 11 ter, 3 LSC).

Pero además cabe destacar las especiales y concretas modalidades del deber de diligencia⁴⁸ que la LSLP establece en su art. 13.3 y 4:

- a) Deber de actuación transparente.
- b) Deber de actuación «adecuada a las peculiaridades de la sociedad laboral como modelo de sociedad específico».
- c) Deber de favorecer la generación de empleo estable y de calidad.
- d) Deber de favorecer la integración como personas socias de las personas trabajadoras.
- e) Deber de favorecer la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.
- f) Deber de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- ga) Deber de adoptar políticas o estrategias de responsabilidad social, fomentando prácticas de buen gobierno, comportamiento ético y transparencia.

Refiriéndose a tales «especialidades relativas al órgano de administración» se ha dicho (García Valdecasas, 2015), que «son más un deseo o una aspiración que normas propiamente jurídicas»; o que, tratándose de normas «de buenos propósitos», «deberían ser más explícitas y si de verdad

⁴⁸ «El deber de diligencia es, por consiguiente, una pauta de administración de la sociedad que determina la conducta debida por el administrador en cada supuesto concreto que no esté específicamente regulado por la Ley o los estatutos. El matiz que debería añadirse es que este patrón de correcta administración está modificado en el caso de los administradores de las sociedades laborales por el resto de exigencias de actuación que le son impuestas por la Ley en torno, fundamentalmente, al desempeño de una “gestión socialmente responsable”», Grimaldos, 2017:207.

se desea alcanzar un resultado deberían llevar aparejadas consecuencias jurídicas e incluso sanciones por incumplimiento» (Boquera, 2016:14). Por nuestra parte, ya hemos reiterado *supra* que los mencionados deberes de las personas administradoras no son sino especificación de otras normas de carácter más general y, en algún caso, de aplicación prevalente. Así, cabe recordar que la Ley de economía social (art. 4) atribuye a sus entidades, y entre ellas a las sociedades laborales, los siguientes principios: «a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social. [...] c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad».

Pero además, como hemos señalado, los deberes relacionados con el fomento de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y de la conciliación «de la vida personal, familiar y laboral»⁴⁹ no son sino expresión de un mandato «especial», «reforzado» a las personas administradoras, de lo previsto, con carácter general en la Constitución Española y en la LOIEMH, que hacen transversal el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Su eventual incumplimiento podría fundamentar la impugnación de los acuerdos o la nulidad de los actos mediante los que se materialice, tal y como prevé el artículo 10 de la LOIEMH⁵⁰.

⁴⁹ A las que cabe añadir la «vida societaria», por cuanto sus espacios y tiempos deberían tenerse en cuenta también para el establecimiento de las políticas de conciliación, también en las sociedades de capital en general y, con mayor motivo si cabe, en las laborales.

⁵⁰ Art. 10 LOIEMH, Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: «Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias».

IV. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS SOCIAS DE LAS SOCIEDADES LABORALES

1. Responsabilidad general de la sociedad y limitada de las personas socias

Como es sabido, en las sociedades de capital, las personas socias no responden de las deudas sociales; es la propia sociedad la que responde con todo su patrimonio. Esa es, precisamente, la función de garantía que cumple el establecimiento de un capital social mínimo: evitar que algunas sociedades aparenten una capacidad económica mayor de la que realmente tienen o que actúen en el tráfico jurídico sin el patrimonio suficiente (Esnaola). En relación con ello, la única obligación respecto a la responsabilidad de la sociedad que adquieren las personas socias es, como hemos visto, efectuar sus aportaciones al capital. Dicha característica deriva de la personalidad jurídica independiente que se crea con la formación de la sociedad y la consecuente generación, frente a terceras personas y el tráfico jurídico en general de «una expectativa de protección con base a un patrimonio común diferenciado». El reconocimiento de la personalidad jurídica societaria «permite separar los patrimonios de los socios y de la sociedad, a efectos de responsabilidad frente a terceros» (Alcalá, 2015:48). Y es precisamente para evitar que se sobrevaloren las aportaciones que se establece un sistema de responsabilidad de respecto de aquellas aportaciones al capital que no sean dinerarias.

Todo ello no es óbice para que la legislación reguladora de las sociedades de capital atribuya otras responsabilidades específicas a todas o algunas de las personas socias, frente a la sociedad, al resto de personas socias y a terceras personas.

2. Responsabilidad de las personas fundadoras

La LSC establece una serie de responsabilidades específicas para las personas promotoras o fundadoras. Así, el art. 30 LSC establece una responsabilidad solidaria de las personas fundadoras de la constancia en la escritura de constitución de las menciones exigidas por la ley, de la exactitud de sus declaraciones en aquella y de la adecuada inversión de los fondos destinados a los gastos de constitución; de la realidad y el valor atribuido a las aportaciones no dinerarias en la escritura de constitución (arts. 73.1 y 77 LSC); y de su presentación a inscripción en el Registro mercantil (art. 32 LSC). También se prevé la eventual responsabilidad solidaria de quienes hubiesen realizado actos y contratos en nombre de la sociedad tanto du-

rante el proceso de formación (arts. 36 a 38 LSC) como cuando la sociedad devenga irregular por falta de inscripción (art. 39 LSC), así como respecto de las obligaciones asumidas con la finalidad de constituir la sociedad (arts. 53.1 y 54 LSC).

3. Responsabilidad de las personas administradoras

También es un supuesto de responsabilidad específica la de quienes ocupen cargos en la administración social. Los artículos 236 a 241 bis LSC establecen el régimen de la responsabilidad solidaria de las personas administradoras «frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa».

Ante dicha responsabilidad puede ejercitarse una acción social, de la propia sociedad, o una acción individual. En cualquier caso, para su ejercicio deben concurrir dos presupuestos: «una acción u omisión realizada en el marco del ejercicio de sus funciones gestoras que sea antijurídica y culpable y que haya causado un daño —ya sea al patrimonio de la sociedad o al de socios o terceros— que sea consecuencia directa de esa acción u omisión» (Guerrero, 2017:258).

Como especificidad derivada de la LSLP, cabe recordar, una vez más, que su artículo 13 incluye varios mandatos concretos. Por una parte, «La actuación de los administradores debe ser diligente, leal, responsable, transparente y adecuada a las peculiaridades de la sociedad laboral como modelo de sociedad específico. Deberán favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral» (art. 13.3 LSLP). Por otra parte, han de adoptar «políticas o estrategias de responsabilidad social, fomentando las prácticas de buen gobierno, el comportamiento ético y la transparencia». La imperatividad del texto («deberán favorecer» y «adoptarán») nos lleva a concluir que su incumplimiento podría llegar a ser objeto del ejercicio de la acción de responsabilidad.

Bibliografía

AbogadosMadridLegal (n.d.). *Deber de lealtad de los socios*. Recuperado el 19/10/17, 11:42, de: <http://www.abogadosmadridlegal.es/abogado-mercantil/derecho-mercantil-deber-de-lealtad-de-los-socios/>.

- ALCALÁ DÍAZ, M. A. (2015). «Las sociedades mercantiles. Teoría general. En Carmen Alonso Ledesma; Isabel Fernández Torres (Dirs)», *Derecho de sociedades* (pp. 21-52). Barcelona, Atelier, 3ª ed.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R. (2017). «Capítulo V. Separación y exclusión de socios en la sociedad laboral». En Mª del Mar ANDREU (Dir.), Irene ESCUÍN y Mª del Carmen PASTOR (Coords.), *El régimen jurídico de las sociedades laborales* (pp. 135-183). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi.
- ALONSO ESPINOSA, F. J. (1997). «Capítulo III. Especialidades en el régimen de la posición jurídica del socio». En VV. AA., *Régimen Jurídico de las Sociedades Laborales (Ley 4/1997)*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 67-100.
- ANDREU MARTÍ, Mª del M. (2016). «Significado y particularidades de la sociedad laboral del siglo XXI». En *Ciriec-España (Ed.)*, XVI Congreso de Investigadores en Economía Social y Cooperativa *Economía Social: crecimiento económico y bienestar*. Recuperado el 31/10/17, 11:58, de: <http://ciriec.es/wp-content/uploads/2016/10/COMUN059-PONENT9-ANDREU-MART%C3%8D-ok.pdf>.
- BOQUERA MATARREDONA, J. (2016). «Novedades en la regulación del órgano de administración de las sociedades laborales». *CIRIEC-España: Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 28, 1-19.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (2015). *Dictámen sobre el Anteproyecto de Ley de Sociedades Laborales y Participadas*. Recuperado el 31/10/17, 12:00, de: <http://www.ces.es/documents/10180/2394234/Dic062015.pdf>.
- BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F. (2017). *Manual de derecho mercantil*. Madrid: Tecnos.
- EAL-CGE (2015). *Nueva Ley de Sociedades Laborales y Participadas*. Recuperado el 31/10/17, 12:01, de: <https://eal.economistas.es/Contenido/EAL/03-11-15%20Nueva%20Ley%20de%20Sociedades%20Laborales%20y%20participadas.pdf>.
- EMBIDIRUJO, J. M. (2015). *Los derechos del socio y el artículo 93 de la ley de sociedades de capital*. Recuperado el 31/10/17, 12:04, de: <http://www.commenda.es/rincon-de-commenda/los-derechos-del-socio-y-el-articulo-93-de-la-ley-de-sociedades-de-capital/>.
- ESCUÍN IBÁÑEZ, I. (2017). «Capítulo III. Régimen jurídico del capital social (I). Clases de acciones y participaciones sociales. Su transmisión». En Mª del Mar ANDREU (Dir.), Irene ESCUÍN y Mª del Carmen PASTOR (Coords.), *El régimen jurídico de las sociedades laborales* (pp. 89-108). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi.
- ESNAOLA, M. (n.d.). *Tema 7: La sociedad anónima; y Tema 8: La sociedad de responsabilidad limitada*. Recuperado el 31/10/17, 12:13, de: http://www2.uned.es/ca-bergara/ppropias/derecho/m_esnaola/Mercantil_Turis/Mercant_Turis.htm.
- ESTEBAN VELASCO, G. (1994). «Derecho de información del accionista». En Alberto ALONSO (coord.), *Derecho de sociedades anónimas [en homenaje al profesor José Girón Tena]*, Vol. 2, Tomo 1, *Capital y acciones*, Vol. I, (pp. 175-254). Madrid: Civitas.
- FAJARDO GARCÍA, G. (2008). «Aspectos societarios de la reforma de la Ley de Sociedades Laborales». *CIRIEC-España: Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 19, 1-18. Recuperado el 31/10/17, 12:24, de: http://www.ciriec-revistajuridica.es/index.php?id_pagina=8&idRevista=21.
- FERNÁNDEZ TORRES, I. (2017). «Sociedades de capital (IV): Órganos (I): la junta general». En: *Derecho de sociedades* (3ª ed., pp. 211-238). Barcelona, Atelier.

- FERNÁNDEZ TORRES, I.; MARTÍNEZ ROSADO, J. (2017). «Sociedades de capital (II): Órganos (I): estructura del capital». En: *Derecho de sociedades* (3ª ed., pp. 137-165). Barcelona, Atelier.
- GALÁN LÓPEZ, C. (2017). «Sociedades de capital (III): acciones y participaciones». En Carmen ALONSO LEDESMA; Isabel FERNÁNDEZ TORRES (Dir.), *Derecho de sociedades* (pp. 167-209). Barcelona, Atelier, 3ª ed.
- GARCÍA RUIZ, E. (2017). «El régimen societario de las sociedades laborales en la nueva Ley 44/2015, de 14 de octubre de sociedades laborales y participadas». *RE-VECO, Revista de estudios cooperativos*, 123, pp. 64-93, <http://dx.doi.org/10.5209/REVE.52991>, 31/10/17, 16:25.
- GARCÍA VALDECASAS, J. A. (2015). *Resumen de la Ley de Sociedades Laborales y Participadas*. Recuperado el 31/10/17, 16:27, de: <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-mercantil/otros-temas-o-m/resumen-de-la-ley-de-sociedades-laborales-y-participadas/#xiii-separacion-y-exclusion-de-socios>.
- GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2016). «El orden público como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales». *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, 45. Recuperado el 31/10/17, 16:29, de <http://www.uria.com/es/publicaciones/articulos-juridicos.html?id=5085&pub=Publicacion&tipo=#>
- GRIMALDOS GARCÍA, M. I. (2017). «Capítulo VI. Especialidades en materia de órgano de administración». En Mª del Mar ANDREU (Dir.), Irene ESCUÍN y Mª del Carmen PASTOR (Coords.), *El régimen jurídico de las sociedades laborales* (pp. 185-212). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi.
- GUERRERO TREVIJANO, C. (2017). «Sociedades de capital (V): órganos (II): administradores». En: *Derecho de sociedades* (3ª ed., pp. 239-273). Barcelona, Atelier.
- HENAO BELTRÁN, L. F. (2014). «El abuso de la posición jurídica del socio». *Revist@ e-mercatoria*, Vol. 13, Núm. 2, 97-129 Recuperado el de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emercaria/article/view/4046>.
- NAVARRO SALVADOR, S. (2015). *Entra en vigor la Ley 45/2015, de sociedades laborales y participadas*. Recuperado el 31/10/17, 16:38, de: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10658-entra-en-vigor-la-ley-45-2015-de-sociedades-laborales-y-participadas/>.
- OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (2008). «Algunos aspectos societarios de la propuesta de reforma de la ley de sociedades laborales presentada por CONFESAL». *CIRIEC-España: Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 19, pp. 1-5. Disponible en http://www.ciriec-revistajuridica.es/index.php?id_pagina=8&idRevista=21.
- PANIAGUA ZURERA, M. (2015a). «La singularidad tipológica de la sociedad laboral y su legislación adecuada (A propósito de la proposición de Ley de sociedades laborales de CONFESAL y de la aplicación judicial de la Ley 3/1997, de sociedades laborales)». *Revista de Derecho de Sociedades*, 44, pp. 171-232.
- (2015b). «Las sociedades laborales ante el Anteproyecto de Ley del nuevo Código Mercantil». En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, pp. 726-744. Recuperado el 31/10/17, 16:46, de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21060#preview>.
- PEYRA, J. M. (2016). *Derechos de los socios minoritarios en las sociedades de capital*. Recuperado el 31/10/17, 17:34, de: <http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/>

- Derechos-socios-minoritarios-sociedades-capital_11_930430001.html#.WczxahDg-DoQ.email.
- SAEZ LACAVE, M. (2016). «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas». *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, 1/2016. Recuperado el 31/10/17, 16:55, de: http://www.indret.com/pdf/1211_es.pdf.
- SÁNCHEZ RUIZ, M. (2008). *Tema 9. Posición jurídica de socio en la sociedad anónima*. Recuperado el 31/10/17, 16:55, de: <http://ocw.um.es/cc-sociales/derecho-mercantil/material-de-clase>.
- (2017). «La nueva regulación de la separación y la exclusión de socios en las sociedades laborales». *CIRIEC-España: Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 30, en prensa.
- SANTOS MARTÍNEZ, V. (2002). «Sociedades laborales: implantación y renovación de una peculiar figura societaria». En VV. AA., *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. IV, (pp. 4379-4466). Madrid: McGraw-Hill.
- SENENT VIDAL, M. J. (2016). «Derechos y obligaciones de la persona socia trabajadora de la cooperativa de trabajo asociado en la ley». En FAJARDO GARCÍA, Gemma y SENENT VIDAL, M^a José (Coords), *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores* (pp. 352-394). Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2015). «En torno al informe de impacto de género sobre el Anteproyecto de Código Mercantil». *Revista de derecho mercantil*, 298, 25-50.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2013). *Comentarios a la Ley de sociedades de capital. Estudio legal y jurisprudencial*. Barcelona: Editorial Bosch.
- VILLAFÁÑEZ PÉREZ, I. (2016). «El deber de lealtad y sus concreciones en la legislación cooperativa». *Revesco. Revista de estudios cooperativos*, 120, 121-148. <https://revistas.ucm.es/index.php/REVE/article/viewFile/49698/46199>, 14/08/17, 12:22.

*El órgano de administración de las sociedades laborales*¹

AMALIA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

Departamento de Derecho Mercantil

Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL TRABAJO. II. REGULACIÓN NORMATIVA. III. ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. IV. NOMBRAMIENTO DE LOS ADMINISTRADORES. Especial referencia al sistema de representación proporcional. 1. El nombramiento mediante sistema de representación proporcional en las sociedades laborales. V. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES EN LA SOCIEDAD LABORAL. 1. Aspectos previos. 2. Especial referencia a la generación de empleo estable, a la integración como socios de los trabajadores, a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. 2.1. La igualdad de género en los consejos de administración de las sociedades mercantiles. 2.2. Las mujeres en los órganos de administración de las sociedades laborales. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL TRABAJO

La Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas de 14 de octubre de 2015² (a partir de ahora LSLP) ha modificado el anterior régimen de la sociedad laboral dispuesto en la Ley 4/1997 de 24 de marzo de sociedades laborales (Fajardo García, I. G., 2002, 187)³ (a partir de ahora LSL), y por lo tanto también lo relativo al órgano de administración. El objeto de este trabajo es analizar esos cambios en el órgano de administración de las sociedades laborales según lo que actualmente establece el art. 13 de la LSLP. Desde un punto de vista sistemático el trabajo se divide en tres partes. En primer lugar se estudia con una metodología

¹ Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Economía Social, Auto-gestión y Empleo» (DER2016-78732-R) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional cuya investigadora principal es la profesora I. Gemma Fajardo García.

² BOE núm. 247 de 15 de octubre.

³ BOE núm. 72 de 25 de marzo de 1997.

comparativa respecto a las sociedades de capital: algunos aspectos de la regulación del órgano de administración en actual LSLP (Fajardo García, G. 2012, 245-280. Botana Agra, M., 2016, 1) y los cambios que se han producido respecto a la LSL de 1997, e incluso en la Ley 15/1986 de 25 de abril de sociedades anónimas laborales (a partir de ahora LSAL)⁴. La segunda parte del trabajo se destina al análisis del nombramiento de los miembros del consejo de administración mediante el sistema de representación proporcional, así como las particularidades que ofrece respecto al nombramiento por este mismo sistema en las sociedades de capital, y los cambios en relación con las Leyes de sociedades laborales anteriores a la vigente. En tercer lugar, el trabajo se centra en el estudio del art. 13.3 LSLP en el que se detalla cómo debe ser la actuación de los administradores de las sociedades laborales, estableciendo algunas particularidades respecto al resto de sociedades mercantiles. Junto con las menciones generales en lo que a deberes se refiere⁵, el precepto señala expresamente que la actuación de los administradores deberá favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Tal y como indicaba el Prof. Duque para referirse a las empresas de economía social, hay que respetar la realización de su finalidad económica y social, pero también los principios éticos que inspiren su funcionamiento. En su gestión se han de mantener compatibles los requisitos de rentabilidad y competencia, de necesaria observancia junto con aquellos valores que les dan forma (Duque Domínguez J. F., 2011, 161. Fajardo García, I. G. 2008, 141-145. Olavarría Iglesia, J., 2008, 177-187).

II. REGULACIÓN NORMATIVA

La vigente LSLP contiene alguna precisión más que la contenida en la anterior LSL a este respecto, afirmando el artículo 13 que es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad⁶.

⁴ BOE núm. 103 de 30 de abril de 1986.

⁵ Vid. el capítulo III, los deberes de los administradores, del título VI, la administración de la sociedad, artículos 225 a 232 de la Ley de sociedades de capital de 2 de julio de 2010 (BOE núm. 161 de 3 de julio de 2010 en el que se publica el RD Legislativo 1/2010).

⁶ El artículo 13 destaca: «1. Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad. En el caso de que los administradores deleguen la dirección y gestión de la sociedad, o confieran apoderamientos con

El art. 13.1 LSLP reproduce lo contenido en el art. 209 Ley de sociedades de capital de 2010 (a partir de ahora LSC) al que nos remite su DF 3^a, que indica que, en lo no previsto en la ley de sociedades laborales, serán de aplicación las normas correspondientes a las SA o SRL, según la forma que ostenten; ello a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las sociedades cooperativas también como empresas de economía social, pero con un régimen jurídico propio que no precisa remisiones a la LSC, a pesar de que algunas normas como el Reglamento sobre la sociedad cooperativa europea ha optado por aproximar la concepción de la forma societaria cooperativa a las típicas sociedades mercantiles de capital (Fuentes Naharro, M., 2008, 4. Sánchez Pachón, L., 2012, 467-468). Además de en el artículo 13, se menciona al órgano de administración en los art. 6.3, relativo a la transmisión de acciones o participaciones, con un régimen propio más flexible respecto a la conocida comúnmente con el nombre de transmisión «en cascada» de la LSL, y en este caso distinta al régimen de transmisión de participaciones sociales de la SRL (Martínez Flores, A., 2010, 37); en el art. 7 referido al precio de acciones o participaciones; y en el 9.1 sobre la adquisición de acciones o participaciones en los supuestos extinción de la relación laboral.

III. ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Con carácter general, el art. 210.3 LSC, permite que los estatutos consignen varias opciones sobre la estructura del órgano de administración y que la Junta opte por cualquiera de ellas sin que sea preciso que se proceda a la modificación de los estatutos (Alcalá Díaz, M. A., 2009, 137).

esta finalidad, deberán adoptar medidas para delimitar claramente sus competencias y evitar interferencias y disfunciones. 2. Si la sociedad laboral estuviera administrada por un Consejo de Administración, los titulares de acciones o participaciones de la clase general podrán agrupar sus acciones o participaciones sociales para nombrar a sus miembros conforme al sistema de representación proporcional previsto en el artículo 243 LSC del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio. 3. La actuación de los administradores debe ser diligente, leal, responsable, transparente y adecuada a las peculiaridades de la sociedad laboral como modelo de sociedad específico. Deberán favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. 4. Asimismo, adoptarán políticas o estrategias de responsabilidad social, fomentando las prácticas de buen gobierno, el comportamiento ético y la transparencia».

La LSAL de 1986 establecía en el artículo 14 que en aquellos casos en los que existieran dos clases de accionistas (accionistas de la clase laboral y de la clase general) ambas clases estarían representadas en proporción a sus aportaciones al capital social, en el órgano de administración de la sociedad. Se imponía la estructura en forma de consejo de administración en determinados casos, concretamente en aquéllos en los que el capital estuviera representado por dos clases de acciones (clase laboral y clase general). La existencia de dos clases de acciones exigía proporcionalidad y representación en el órgano de administración (Perdices Huetos, A., & De La Hucha Celador, F., & Goñi Sein, J. L., & Sáenz García de Albizu, J. C. 2000, 233-246).

La anterior previsión llevaba por tanto a la consideración, de que si solo existía una clase de acciones nada impedía la existencia de un administrador único, dos (o más, en el caso de la SRL) mancomunados, (a partir de 1989), o bien varios solidarios.

Por su parte, la LSL de 1997 parecía dejar mayor libertad a los socios para decidir sobre la estructura del órgano. En el artículo 12 se indicaba que si la sociedad estaba administrada por un consejo de administración, el nombramiento de los miembros de dicho consejo se efectuaría necesariamente por el sistema proporcional. Dejaba así el legislador libertad a los socios fundadores para elegir la organización de la forma de administración sin exclusión alguna (Boquera Matarredona, J., 2016, 9). En la actualidad, los socios fundadores de la laboral pueden establecer una administración unipersonal o pluripersonal y respecto a ésta, podrán elegir entre administración mancomunada, solidaria o colegida. Si la forma elegida es una SLL podrán incluir en los estatutos una cláusula de alternancia en la organización de la administración (art. 22.1 e) y 22.2 LSC).

El artículo 13 de la vigente LSLP sólo se refiere al sistema de nombramiento de los administradores cuando la sociedad ha optado por el consejo de administración. Respecto a los miembros del consejo de administración deben ser al menos tres en la SA, sin que se establezca un número máximo tal y como dispone el art. 242.1 LSC, y entre tres y doce en la SRL (art. 242.2 LSC). Los estatutos pueden indicar un mínimo y un máximo en cuyo caso, será la junta general la que marque el número exacto de consejeros que lo conforman. El consejo de administración actuará de forma colegida; las decisiones se adoptarán por mayoría. No es preciso que actúe en todos los casos, ya que es posible la delegación de funciones a favor de los consejeros delegados y de comisiones ejecutivas, salvo las materias indelegables, cuya delimitación es especialmente transcendente de cara a la imputación de responsabilidades de los miembros del órgano. Hay que tener en cuenta que en el caso de que el órgano de administración

cometiera actos lesivos para la sociedad, socios o terceros, todos los miembros del órgano de administración que hubieran adoptado el acuerdo, o realizado el acto lesivo, responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejercicio, desconocían su existencia, o conociéndola, hicieron todo lo posible para evitar el daño, o al menos, se opusieron expresamente a él (art. 237 LSC). La existencia de delegación de facultades a favor de sujetos concretos en un ámbito determinado, podía permitir que el resto de consejeros fuera exonerado de su responsabilidad. Sin embargo, dicha delegación de facultades no puede ser utilizada como instrumento para eludir aquélla.

A través de la correspondiente mención en los estatutos sociales, pueden establecerse otros requisitos personales, positivos o negativos, para ostentar la condición de administrador. No sería admisible una cláusula que cierre casi todas las posibilidades de elección de una persona o predetermine la persona a seleccionar por exclusión (Roncero Sánchez, A., 2008, 187). No parece posible la existencia de una cláusula consistente en reservar el cargo de persona consejera un determinado sujeto o a los miembros de un determinado grupo, pero no sería nula una o varias cláusulas que discriminen positivamente el acceso al consejo de administración de personas del género menos representado; ello precisamente porque entendemos que la mención expresa que hace la LSLP en el art. 13 al asunto de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, lo posibilita.

Por lo que se refiere a la duración del cargo, en la SA se establece un plazo máximo de duración de seis años, debiendo establecerse en los estatutos la misma duración para todos los miembros del órgano y pudiendo ser elegidos por iguales periodos. Con ello se facilita la rotación de los miembros. En la SRL pueden ser elegidos por tiempo indefinido, aunque se pueden incorporar límites temporales en los estatutos en los términos del art. 221.1 LSC. En igual sentido, puede establecerse por vía estatutaria una edad límite, o un plazo mínimo total, o un tope de reelecciones, pero no cláusulas limitativas discriminatorias respecto a la permanencia de unos consejeros sobre otros (Verdú Cañete, M. J., 2016, 13). El cese en el ejercicio del cargo puede producirse de forma ordinaria por la conclusión del mandato. Una vez concluido el plazo, no se produce el cese automático, sino que el mismo se prorroga hasta que se realice un nuevo nombramiento, o transcurra el plazo establecido al efecto. También puede producirse un cese extraordinario por separación o dimisión. La separación podrá acordarse por la junta general en cualquier momento. No es necesaria justa causa y tampoco es preciso que conste en el orden del día (art. 223.1 LSC). En el caso de la SRL puede establecerse estatutariamente una ma-

yoría reforzada para acordar el cese de administradores que, en ningún caso, puede ser superior a dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital (art. 223.2 LSC).

En el caso de cese de consejero nombrado por el sistema de representación proporcional, se plantean algunas dudas sobre la existencia o no de especialidades en el régimen. La designación de consejeros mediante el sistema de representación proporcional, tiene lugar de forma directa por la minoría agrupando o bien por quien posee el número suficiente de acciones para alcanzar el cociente legal previsto para proceder a la designación, sin que la junta tenga intervención alguna, ya que el nombramiento se produce en el momento de celebrarse la junta pero no por la junta (Alonso Ledesma, C., 2011, 2-3) Si con carácter general como ha quedado indicado, resulta aplicable la regla de separación *ad nutum*, su aplicación práctica permitirá a la mayoría cesar al consejero designado por la minoría, lo que puede resultar abusivo. Por esta razón podría entenderse que en estos casos, debe aplicarse la regla de la separación por justa causa. Igualmente, la posibilidad de indemnizar a los administradores cuando el cese les produzca un daño injustificado. A pesar de estas consideraciones el TS se ha decantado, sin embargo, por la aplicación de las reglas generales de cese a todos los administradores, tanto los nombrados por la mayoría como los nombrados por el sistema de representación proporcional, de modo que podrán ser destituidos *ad nutum*, con el sometimiento a los límites generales al ejercicio de cualquier derecho (Colino Mediavilla, J. L., 2009-32, 388). Según lo que indica el Supremo, el hecho de que la mayoría destituya a un consejero, no nombrado por ella sino por la minoría, no convierte en abusiva la decisión, ya que la buena fe actuaría como límite, impidiendo el ejercicio de facultades que tengan como único fin perjudicar a otros socios⁷.

El art. 224 LSC señala unos supuestos especiales de cese de administradores aplicables en SA⁸. En virtud de este precepto, los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad, cesaran en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general. El precepto incluye un concepto abierto, indeterminado y de difícil concreción. Esto ha permitido que sea conforme a derecho la destitución

⁷ Por ejemplo en la STS 830/2011 de 24 de noviembre (RJ 2012\572) el Alto Tribunal entendió que era abusiva la separación ordinaria de consejeros minoritarios con la concurrencia de causa alegada pero no probada.

⁸ Ello ha permitido que sea conforme a derecho la destitución de consejeros nombrados por el sistema de representación proporcional por ser considerados «competidores» o porque la minoría que los nombró resulta ser «competidora».

de los consejeros nombrados por el sistema de representación proporcional por ser considerados «competidores» o más bien, porque la minoría de socios que los designó resultaron ser «socios competidores» de la sociedad en la que aquéllos fueron nombrados. A juicio de la profesora Verdú Cañete, podrían establecerse algunos mecanismos para garantizar a la minoría el derecho de nombramiento de consejeros. Por ejemplo, a través del nombramiento de suplentes del consejero designado por la minoría, para el caso de que el nombrado dejara de pertenecer al consejo de administración. En segundo lugar habría de tenerse en cuenta que la agrupación de acciones que ha posibilitado el nombramiento de algún miembro del consejo, subsiste mientras dura el plazo para el que el miembro hubiera sido designado. (Verdú Cañete, M. J. 2016, 12-13. Sáez Lacave, M. I., 2012, 24. Sánchez Ruiz, M., 2013, 206. Alonso Muñumer, M. E., 2016, 57-80. Morillas Jarillo, M. J., 2002, 385-402).

A pesar de la existencia de libertad en la organización de la administración de la sociedad laboral, mientras el artículo 12 la LSL de 1997 establecía cómo «debían» cubrirse los puestos en el consejo de administración, el artículo 13.2 LSLP establece cómo «podrían» cubrirse esos puestos. Se ha producido pues un cambio, ya que ahora no nos encontramos ante una norma de carácter imperativo (Roncero Sánchez, A., 2011, 187). En el caso de SA se establecen unas normas imperativas referidas a los quórum de constitución, mayorías necesarias para la adopción de acuerdos, libro de actas e impugnación de acuerdos. Todo lo demás, puede ser regulado estatutariamente en un reglamento de régimen interno o por acuerdo del consejo (designación de presidente, nombramiento de comisiones ejecutivas o consejeros delegados, frecuencia de reuniones, régimen de convocatoria, sistema de votación, resolución de empates, etc.) Para la SRL el margen de autorregulación es mayor ya que según lo que dispone el art. 245.1 LSC los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del consejo, que deberá comprender en todo caso, las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría.

IV. NOMBRAMIENTO DE LOS ADMINISTRADORES. ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL

Tanto en la SA como en la SRL corresponde a la junta general el nombramiento de los miembros del órgano de administración, por mayoría del capital presente en la junta (art. 214 LSC) Cabe la posibilidad de nombrar suplentes Sin embargo existen algunas diferencias en ambas formas sociales.

En la SA cuando el órgano se estructura en forma de Consejo, se contemplan dos formas especiales de nombramiento que no están previstas en las limitadas: sistema de representación proporcional (art. 243 LSC) y nombramiento por cooptación (art. 244 LSC).  En la SA las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una ~~curra~~ ^{cuota} del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del consejo (Alonso Ledesma, C., 2011, 23. Velasco San Pedro, L. A., 2002, 171-172. Roncero Sánchez, A., 2008-2, 189).

1. El nombramiento mediante sistema de representación proporcional en las sociedades laborales

Las diferencias existentes en el régimen jurídico entre la SA y la SRL respecto al nombramiento por sistema de representación proporcional han sido superadas en el régimen jurídico que regula las sociedades laborales. El argumento que se daba para que este sistema fuera obligatorio con la LSL —si la estructura del órgano era consejo de administración— era el intento de asegurar una representación adecuada de los socios no trabajadores. Puesto que la mayoría del capital estaba en manos de los socios trabajadores, debía procurarse que el sector del capital se encontrara adecuadamente representado en los órganos de administración, ya que en otro caso, los socios trabajadores eran los que dominaban la composición de aquel. De esta forma se intentaba garantizar la presencia en el consejo, de los representantes de los inversores. Como tendremos oportunidad de ver, en la actualidad la S. Lab. «podrá» utilizar el sistema proporcional en los términos establecidos en la ley.

El nombramiento de administradores por el sistema de representación proporcional (y también el nombramiento por cooptación) únicamente se prevé para la SA (Juste Mencía, J., 1995, 281). La ley no hace referencia ni regula el supuesto para la SRL. El RRM en el art. 191 sí hace referencia, sin embargo a la prohibición de nombramiento mediante cooptación o sistema proporcional para las limitadas. La prohibición de este tipo de nombramiento para las sociedades limitadas ha sido criticado por cierto sector doctrinal, haciendo referencia a que la no regulación (y por tanto la no prohibición) de la ley, viene contradicha por una norma de rango inferior como es el RRM. Aunque las razones esgrimidas en la E de M de la LSRL para no reconocer a la minoría el derecho de representación proporcional en el órgano de administración colegiado eran evitar que el

conflicto entre socios o grupos de socios alcanzase un órgano en el que era aconsejable cierto grado de homogeneidad, ello ha sido discutido, ya que igualmente hubiera sido válido en la SA (Quijano González, J., 1996, 653. Viera González, A. J., 2002, 437-438).

Con carácter general se critica este sistema por constituir una sustracción del nombramiento de los administradores a la junta general con lo que ésta queda desposeída de sus competencias, lo que resulta suficientemente grave como para poner en entredicho esta fórmula de nombramiento (Alonso Ledesma, C., 2011, 3) El art. 13.2 LSLP hace referencia a este tipo de nombramiento señalando que si la sociedad laboral está administrada por un consejo de administración, los titulares de acciones o participaciones de la clase general, pueden agrupar sus acciones o participaciones sociales para nombrar a sus miembros conforme a este sistema. Para un sector crítico esta fórmula de nombramiento con el citado sistema pudo entenderse en su día como un derecho de tutela de la minoría pensado fundamentalmente para las pequeñas sociedades cerradas, pero hoy no tendría razón de ser y menos aún para las cotizadas ya que estas sociedades deben ajustar su actuación a las normas de buen gobierno corporativo (Alonso Ledesma, C., 2011, 3. Cfr. Sáez Lacave, I., 2012, 11).

Es en las sociedades cerradas, incluso en las familiares es donde puede cobrar especial sentido este sistema de nombramiento, posibilitando la representación en el consejo, por ejemplo de las diferentes ramas de la familia (Verdú Cañete, M. J., 2016, 11). La elección además, permitirá a los titulares de acciones o participaciones de la clase general, agrupar sus acciones o participaciones sociales para nombrar a los miembros del consejo conforme al sistema previsto en el art. 243 LSC (Sáenz García de Albizu, J. C., & Goñi Sein J. L., & De La Hucha Celador, F., & Perdices Huetos, A. B. 2000, 235-236. González Fernández, M. B., 2009, 985. Martínez Sanz, F., 1992)⁹.

Teniendo en cuenta que ahora la norma no es imperativa, nada obstaría a la agrupación de acciones o participaciones de otra manera (Boquera Matarredona, J., 2016, 11) La finalidad en este caso es que exista una ade-

⁹ Los porcentajes de participación (referidos a la Ley de 1986) solo podían conseguirse si cada uno de los sectores elegía separadamente a los administradores que les correspondiesen. Para su cálculo había que distinguir netamente el capital representado por acciones reservadas a los trabajadores, del «restante» y que con las acciones del primero tan solo podían elegirse administradores representantes de los trabajadores, así como, con las acciones del segundo, tan solo administradores del sector no laboral.

cuada composición de los intereses del capital laboral y del capital general. Sin embargo, a juicio de algunos autores, es dudoso que eso sea así, ya que el sistema de representación proporcional previsto en el art. 243 LSC presenta numerosos problemas de interpretación y no siempre sirve como mecanismo de defensa de las minorías (Verdú Cañete, M. J., 2016, 10, Alcover Garau, G., 1994, 83-100. Roncero Sánchez, A., 2008, 187-202, Alonso Ledesma, C., 2011, 1-13. Juste Mencía, J., 2006, 345-351. Juste Mencía, J., 2010, 77-90. Rojas Martínez de Mármol, J. J., 2014, 77-90).

El nombramiento de los consejeros de una sociedad laboral por el sistema de representación proporcional ha resultado ser un rasgo tipológico de este tipo societario con independencia de su forma (Verdú Cañete, M. J., 2016, 10. Batlle Sales, G., 1997, 47-65. Grimaldos García, M. I., 2016, 4.). La LSAL de 1986 hacía referencia ya, a la necesaria representación proporcional de las dos clases de acciones en el órgano de administración. Ello implicaba de hecho la adopción de la forma de consejo de administración en lo relativo a la estructura del órgano de administración cuando existieran dos clases de acciones.

Por su parte, la LSL de 1997 en el art. 12, dejaba amplia libertad a la hora de establecer la estructura del órgano de administración, pero si el órgano se configuraba como consejo de administración y existían dos clases de acciones o participaciones, el nombramiento de los consejeros se efectuaba «necesariamente» mediante el sistema de representación proporcional. La E de M de la LSL, indicaba que: «supone una variación respecto de la regulación de las SRL, la previsión de que el órgano de administración se debe nombrar según el sistema de representación proporcional y no de acuerdo con el sistema mayoritario que rige en las citadas sociedades».

En la LSLP se reserva este sistema para los socios de la clase general y no para los socios de la clase laboral. Las razones de esta previsión hacen alusión a la representación minoritaria que estos ostentan en el conjunto de la sociedad laboral. En las laborales como es bien sabido, el capital pertenece mayoritariamente a los socios trabajadores. El nombramiento mediante el sistema de representación proporcional puede ser conveniente cuando existen divergencias entre los socios trabajadores y no trabajadores, y hay grupos de socios trabajadores con distintas opiniones e intereses y desean optar por nombrar los administradores que los representen en el consejo de administración. Parece adecuado posibilitar, pero no imponer para las laborales, el nombramiento mediante el sistema proporcional; no existe por parte del legislador en todos los casos, intención de lograr la participación proporcional de los socios trabajadores e inversores en el órgano de administración, cuando éste se configura en torno a un consejo (Valpuesta

Gastaminza, E., & Barberena Belzunce, I. 1998, 164. Verdú Cañete, M. J., 2016, 13). Se establece igualmente que en el caso de que se sobrepasen estos límites, la sociedad está obligada a restablecer la situación acomodándola a la norma y para ello tiene un plazo de dieciocho meses desde el primer incumplimiento. Por tanto, tiene plena justificación que se atribuya a los socios de la clase general la posibilidad de designar uno o varios consejeros que, en todo caso, han de actuar con diligencia (Alfaro Águila-Real, J. 2015, 313-324. Recalde Castells, A., 2016, 245-274)¹⁰ y lealtad (Juste Mencía, J. 2015, 361-375. Emparanza Sobejano, A. 2016, 137-157. García de Enterriá, J., 2015, 61-69) en defensa del interés social¹¹ (Peñas Moyano, B., 2012, 491) En las laborales, prima el fin social y la naturaleza de la actividad desarrollada (Grimaldos García, M. I., 2016, 9).

El incumplimiento de los deberes específicos de los administradores de la sociedad laboral vendría determinado por la concurrencia de varios presupuestos, y entre ellos que lleven a cabo un acto u omisión contrario a la Ley (a la propia redacción del art. 13.3) a los estatutos, o incumpliendo deberes ligados al desempeño de su cargo, y siempre que haya intervenido dolo o culpa. La culpa se presumiría si el acto es contrario a la Ley (como en este caso) o a los estatutos (Guerra Martín, G., 2010, 486-487).

¹⁰ Con carácter general el comportamiento de los administradores debe ser diligente. La normativa general sobre sociedades de capital, que se refiere al estándar de diligencia exige al estándar de diligencia exige el de un ordenado empresario. La reforma de la LSC en materia de diligencia, ha incorporado la regla de origen anglosajón del *Business Judgment Rule* (traducida como principio de discrecionalidad empresarial) de acuerdo con el cual, los actos y decisiones estratégicos y de negocio consustanciales a la asunción de riesgos propios de la actividad empresarial, siempre que se cumplan ciertos requisitos, se entienden acomodados a los estándares de diligencia exigibles y no deben resultar generadores de responsabilidad. Así lo dispone el art. 225.1 LSC. La LSLP sin embargo, no contiene ninguna aclaración ni acotación al respecto. En las sociedades laborales, este deber debe ser puesto en relación con la naturaleza de su cargo y con las funciones que les corresponden.

¹¹ Concepto que debe modularse en relación con las empresas de economía social. Como es bien sabido, en las sociedades capitalistas tradicionales, el interés social, en concordancia con lo establecido en la Recomendación 12 del Código de Buen gobierno de 2015, y como ya ocurriera con el texto anterior de 2013, el interés social debe entenderse como hacer máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa; sin embargo, el interés social que deben promover los administradores de las laborales y cuya consecución deberá servir para poder valorar su actuación diligente como gestores y representantes, entendemos puede no coincidir siempre en el perseguido por las SA y SRL.

Hay que tener en cuenta que el art. 13.2 parece configurar este sistema de nombramiento como un auténtico derecho de la minoría, eliminando la imperatividad que imponía la LSL de 1997. A juicio de algunos autores esta imperatividad resultaba inexplicable por varios motivos (Verdú Cañete, M. J., 2016, 13). Si se atendía a la literalidad del precepto era posible la agrupación de acciones y participaciones de ambas clases, con lo que podía llegarse a un resultado totalmente contrario al perseguido. No era comprensible la existencia de un sistema imperativo que en el régimen societario general se entendía como un derecho potestativo otorgado a la minoría, y cuyo ejercicio dependía de la exclusiva voluntad de la minoría (Lara González, R., 1998, 692). Por ello, el legislador de laborales de 2015 lo ha eliminado y a partir de la entrada en vigor de la norma, se otorga a la minoría de socios de la clase general, la posibilidad del ejercicio de este derecho, y ya se trate de una SAL o de una SLL, y además parece según la literalidad del texto que podrán agruparse de cualquier forma de manera que también podrán mezclarse en el grupo de electores socios trabajadores y socios no trabajadores (Grimaldos García M. I., 2016, 4-9).

V. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES EN LA SOCIEDAD LABORAL

1. Aspectos previos

Los deberes de los administradores se encuentran recogidos en el art. 13.3 que con carácter general hace referencia a la necesidad de que la actuación de los administradores sea diligente, leal, responsable¹², transparente (Villafañez Pérez, I., 2016, 127) y adecuada a las peculiaridades de la sociedad laboral como modelo de sociedad específico. El núm. 1 del art. 13 atribuye como competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad, lo cual implica la competencia para gestionar la sociedad y llevar a cabo todas las tareas necesarias para la correcta marcha de la empresa. Hay que remitirse en este punto al régimen general de los administradores del art. 209 LSC.

¹² La actuación de los administradores de las sociedades laborales de acuerdo con la nueva normativa debe ser responsable. La LSLP ubica este deber al mismo nivel que el de diligencia y lealtad, aunque aquél parece más bien una consecuencia derivada del cumplimiento de éstos.

Las concretas actuaciones derivadas de la obligación de gestión, dependerán de las características de la sociedad laboral de que se trate, pero, con carácter general, serán todas aquéllas que conforman su círculo competencial básico y que son necesarias para alcanzar el objeto social. Deben encargarse, por tanto, de las actividades comprendidas en la gestión ordinaria (Grimaldos García M. I., 2016, 5).

Igualmente, el precepto confiere a los administradores la competencia referida a la representación de la sociedad. Para la atribución del poder de representación, los pactos sociales deben sujetarse a lo previsto por la propia norma para los distintos modos de organizar la administración social. El ámbito de poder de representación según el art. 234 LSC se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Este poder por tanto, tiene un contenido legal típico e inderogable que comprende todas las actividades que de forma directa o indirecta sean convenientes para alcanzar el objeto social indicado en los estatutos.

En virtud de la seguridad jurídica del tráfico mercantil, «cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el RM será ineficaz frente a terceros» (art. 234.1 párr. 2º LSC) El párrafo segundo de este precepto, incluso va más allá, ya que el legislador, establece que la sociedad quede obligada incluso frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave aunque se desprenda de los estatutos inscritos en el RM que el acto no está comprendido en el objeto social.

En el caso de que los administradores deleguen la dirección y gestión de la sociedad, o confieran apoderamientos con esta finalidad, deberán adoptar medidas para delimitar claramente sus competencias y evitar interferencias y disfunciones, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de la delegación. Respecto a este punto no existe referencia en la ley a las facultades indelegables que vienen señaladas para las sociedades de capital en el art. 249 *bis* LSC (León Sanz, F. J., 2015, 497-520) o, a la delegación en el consejo de administración recogido en el art. 249 LSC (León Sanz, F. J., 2015, 521-540). No obstante dada la remisión de la DF 3ª de la LSLP, dichos preceptos serán aplicables también a la sociedad laboral (Boquera Matarredona, J. 2016, 5).

El art. 149 RRM señala que será necesario que la inscripción del acuerdo relativo a la delegación de facultades contenga: «bien la enumeración particularizada de las facultades que se delegan, bien la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables». Se entiende así por parte de algunos autores que las medidas a adoptar para la delimitación de competencias claras, así como las que pretenden evitar

interferencias y disfunciones, serían que el acuerdo del consejo de administración que designe los delegados, no solo indique sus nombres, sino que señale las competencias de cada uno, así como la delegación de la dirección y gestión de la S. Lab. Incluso podría imponer como medida coactiva sanciones en caso de que por no hacerlo se produzcan aquellos efectos indeseados (Boquera Matarredona, J., 2016, 6)¹³. Por lo que se refiere en concreto a las competencias de los administradores de las sociedades laborales, debe mencionarse la relacionada con la transmisión voluntaria «inter vivos» de acciones y participaciones¹⁴. Se ha criticado por parte de

¹³ Tras la aprobación del RD Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE nº 261 de 31 de octubre de 2015) el art. 136.1 de la LGSS establece que estarán obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación del régimen general de la seguridad social los trabajadores por cuenta ajena y los asimilados, y el apartado 2 d) del mismo artículo declara aquí, expresamente comprendidos a los socios trabajadores de las sociedades laborales, cuya participación en el capital social se ajuste al art. 1.2. b de la ley 44/2015, y aun cuando sean miembros del órgano de administración si el desempleo de este cargo no implica la relación de funciones de dirección y gerencia. Igualmente no deben poseer su control en los términos establecidos por el art. 305.2 e). Este último precepto citado señala que quedan comprendidos en el Régimen Especial de la Seguridad social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos los socios trabajadores de las sociedades laborales cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge, y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado con los que convivan alcance al menos el 50%, excepto si pueden acreditar que el ejercicio del control efectivo de la sociedad, requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares. Por último se consideran sujetos asimilados a los trabajadores por cuenta ajena según lo que dispone el artículo 136. 2 e) LGSS aquellos socios trabajadores de las sociedades laborales que por su condición de administradores de las mismas realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello, o por su vinculación simultánea a la sociedad laboral, mediante una relación laboral de carácter especial de alta dirección, pero que no posean el control en los términos previsto por el art. 305 2 e).

¹⁴ Así, por ejemplo, el art. 6.1. y 2 destaca que las acciones y participaciones, salvo previsión estatutaria en contra, podrán transmitirse libremente a los socios trabajadores y trabajadores no socios con contrato por tiempo indefinido; ha desaparecido la mención a los temporales. En este caso, el transmitente debe comunicar a los administradores de la sociedad por escrito, y de modo que asegure su recepción, el número y características de las acciones o participaciones que se proponga transmitir y la identidad del adquirente. La reforma que se ha introducido con la ley de 2015, respecto al art. 6.3 LSLP, deja en manos del órgano de la sociedad, aquella transmisión de acciones o participaciones cualquiera que sea su clase o circunstancias si con la misma pueden superarse

un sector doctrinal este excesivo margen de actuación, de los administradores en la nueva LSLP, ya que con el art. 6.4 se corre el riesgo de que sean los propios administradores de las sociedades laborales los que se propongan como adquirentes de las acciones o participaciones, con el fin de no superar los límites legales y no perder la condición de sociedad laboral. Igualmente, es posible que los administradores estén interesados en que la sociedad pierda esta calificación por distintas razones, y, sin consultar con los socios, fuercen la pérdida de la condición de sociedad laboral (Boquera Matarredona, J., 2016, 7-8. Andreu Martí, M. M., 2014, 313-342)¹⁵.

A continuación el texto hace referencia a un variado conjunto de deberes que, aunque no están determinados en la norma, sí son, sin embargo determinables. El art. 13.2 señala: «Deberán favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral»¹⁶. Entendemos que estos deberes —los específicos de los administradores de las S. Lab.—, deben ponerse en relación con el interés social, en los términos ya indicados, y que junto con la primacía de las personas y el fin social, remiten por lo que a nosotros interesa, a la promoción de la solidaridad interna y con la sociedad, favoreciendo el desarrollo local y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres entre otros.

los límites previstos en el art. 1 de la LSLP. Ese consentimiento debe expresarse mediante acuerdo del órgano de administración en el plazo de un mes y solo podrá denegarse si se propone por parte de dicho órgano, la identidad de una o varias personas que adquieran las acciones o participaciones que sobrepasen los límites previstos en el art. 1. En las sociedades de responsabilidad limitada no laborales ésta es una competencia de la junta general que viene recogida en los artículos 107. 2 b) y c) LSC. En las SA, el art. 123.3 LSC, dispone que la transmisibilidad de las acciones solo podrá condicionarse a la previa autorización de la sociedad, cuando los estatutos mencionen las causas que permitan denegarlo y que salvo prescripción de los estatutos la autorización será concedida o denegada por los administradores de la sociedad.

¹⁵ El Consejo de Estado en su sesión plenaria el 13 de mayo de 2015, hacía referencia a que el art. 6 otorgaba un margen de facultades excesivo al órgano de administración de la sociedad, ya que le permitía autorizar la superación de los límites del artículo 1, y a ello se unía la interpretación del mismo sobre cuándo se pueden entender superados esos límites.

¹⁶ Una de las consecuencias negativas de la falta de una regulación adecuada en esta materia, es entre otros, el mantenimiento de la brecha de empleo entre hombres y mujeres que según el Informe *Eurofound* cuesta a la UE en torno a 370.000 millones de euros al año, lo que significa un 2.8% del PIB de toda la UE.

2. Especial referencia a la generación de empleo estable, a la integración como socios de los trabajadores, a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral

Llegados a este punto resulta imprescindible acotar, concretar y especificar a qué medidas podría referirse el legislador de 2015 cuando exige una conducta expresa a los administradores para que se conduzcan en una determinada dirección. Igualmente es necesaria la concreción para en su caso poder realizar después un seguimiento de las citadas medidas y ~~en su caso~~, valorar las sanciones por posibles incumplimientos, o bien la imputación de responsabilidades a los administradores. Como es bien sabido y en consonancia con la reforma de 2014 operada en las sociedades de capital, se ha observado en la voluntad del legislador, un deseo de ampliar el círculo de responsables por los daños causados a la sociedad, a los socios y a los acreedores sociales, entre los que se encuentran los administradores.

Junto con ello, la misma ley 31/2014 ofrece a los socios el propósito de una protección más intensa y destaca entre sus objetivos el fomento de una mayor participación de los socios (Embidi Irujo, J. M., 2015, 52-54).

Así como se reconoce por parte de la doctrina que aún es un problema determinar con precisión qué políticas de RSC están obligados a promover los administradores, sí lo están en el caso de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, que guarda relación aquí también —aunque no sólo— con el acceso de las mujeres a los puestos de responsabilidad y viene siendo tratado desde la responsabilidad social de género (RSG) como una variante dentro de la RSE, enfocada al desarrollo de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todos sus ámbitos, con carácter voluntario (Senent Vidal, M. J. 2014, *passim*). En aquella vamos a centrar este apartado del trabajo ya que por la extensión del precepto, las otras tres (generación de empleo estable, integración como socios de los trabajadores) deberán ser objeto de tratamiento en un posterior estudio.

Hay que tener presente, que si bien en el caso de las grandes sociedades mercantiles, la legislación puede dar una respuesta más acertada y conseguir resultados a más corto plazo, la RSE al ser voluntaria, presentaría mayores ventajas (y a veces sería la única oportunidad) para poder incorporar medidas en el ámbito de la igualdad de género en las pequeñas y medianas empresas, también en las pymes con forma de sociedad laboral, y aunque ciertamente se aborda como un factor de mayor aprovechamiento del capital humano, contiene un claro componente reputacional que necesita ser potenciado y desarrollado como fórmula de acceso de las empresas a nuevos mercados o a un mayor posicionamiento en los mismos.

Las S. Lab. son en su mayoría pymes o micropymes y precisan en general —no solo las laborales— en la regulación, una adecuación normativa sobre los deberes de los administradores en función, precisamente de su tamaño (Alcalá Díaz, M. A., 2010, 442) Las medidas a las que hace referencia el art. 13.3 podrían concretarse con carácter general en las siguientes acciones: 1.- Acceso de las mujeres al órgano de administración de estas sociedades (sea cual sea la fórmula de laboral adoptada); 2.- Medidas que faciliten la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso al empleo. Aquí son relevantes los planes de igualdad y otras acciones similares para las empresas de reducidas dimensiones que no tienen obligación de elaborar planes de igualdad, y otras medidas de fomento de la igualdad de oportunidades en el ámbito empresarial; 3.- Medidas en relación con la conciliación de la vida familiar, personal y laboral.

Por lo que se refiere al fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en lo que al acceso a los puestos de dirección de las empresas se refiere, las menciones que se contienen en la normativa española se sustentan con acciones voluntarias en el ámbito de la RSC, es decir, a través de recomendaciones a las empresas, precisamente a las grandes, para las que está destinada la norma; son sociedades que por su visibilidad resultan ser un ejemplo para el resto de empresas. Esta misma mención a la igualdad de oportunidades se contiene en otras normas como en el art. 2 de la Ley de economía sostenible¹⁷, aunque con una pura declaración de intenciones (Yanes, Yanes, P., 2010, 13-15). También en el art. 4 c) de la Ley de Economía Social¹⁸.

2.1. La igualdad de género en los consejos de administración de las sociedades mercantiles

La representación equilibrada entre mujeres y hombres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles se enmarca en un asunto de mayor calado, cual es el de la consecución de una igualdad real —y no solo nominal— entre mujeres y hombres, como mandato constitucional y presupuesto de una sociedad democrática. A pesar de ello, no se limita solo a un planteamiento jurídico ya que en esta materia como ocurre con muchas de las cuestiones que tiene planteadas el Derecho Mercantil, está

¹⁷ Ley 2/2011 de 4 de marzo (BOE núm. 55 de 5 de marzo de 2011).

¹⁸ Ley 5/2011 de 29 de marzo de economía social (BOE núm. 76 de 30 de marzo de 2011).

condicionada por circunstancias económicas y sociales, que hacen indispensable una mirada hacia otras áreas de conocimiento (Duque Domínguez, J. F., 2011, 150).

A la hora de abordar el tema de la representación equilibrada entre mujeres y hombres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles, y en particular sobre la insuficiente representación de las mujeres en los consejos, las opiniones acerca de las medidas que deben adoptarse para darle un impulso no son pacíficas; así los partidarios de introducir en la regulación medidas a través de *hard law* y los defensores de la autorregulación mediante *soft law* (Valpuesta Fernández, R., 2011, 2663-2686. Díaz Gómez M. A., Pérez Carrillo, E. F., 2015, 144-145)¹⁹. Los derechos implicados para unos y otros son el de libertad de empresa (art. 38 de la CE) (Paz-Ares, C., & Alfaro Águila-Real, J. 2002, 6020-6040. Huerta Viesca, M. I., 2009, 159-178), el derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE) (Huerta Viesca, 2009, 114-121)²⁰ y en cuanto la dignidad humana tiene relación con la igualdad, también aquella (art. 10 CE).

Entre las medidas de fomento del acceso de las mujeres a los puestos de consejeras en el órgano de administración de las sociedades con intervención legislativa, se encuentran las de acción positiva (Huerta Viesca, M. I., 2009, 166-178). Parece, sin embargo, que en nuestro Derecho positivo se va imponiendo la autorregulación. En los últimos años, se percibe un nuevo modo de afrontar la discriminación laboral de las mujeres. La atención no se dirige siempre a reivindicar los derechos fundamentales que poseen las mujeres, ni tampoco a analizar los obstáculos que se interponen en su desarrollo profesional, sino que se atiende a las ventajas del «criterio de diversidad» y a los beneficios que la «diversidad de género» puede aportar a las organizaciones y al progreso social general; los entornos organizacionales no deben desaprovechar lo que las mujeres aportan, y ello no va en contra de buscar a las personas más capaces o con talento (Barberá Heredia, E., & Sarrió, M., & Ramos, A., & Candela, C. 2002. 62-63. Elosegui Itxaso, M., &

¹⁹ En este ámbito deben ponerse de relieve las dificultades con las que el poder político se ha encontrado, para involucrar a las empresas en la realización de los principios y valores con dimensión social, es decir, aquéllos que tienden a la realización de la igualdad sustancial y de la justicia social. En general, las empresas se han mantenido ajenas a los mismos por entender que son incompatibles con sus propios fines, (maximización de ganancias y productividad).

²⁰ Sobre el principio de igualdad en relación con la libertad de contratación, Alfaro, J. Libertad contractual y principio de igualdad, <http://almacenedderecho.org/libertad-contractual-y-principio-de-igualdad> (recuperado el 1 de julio de 2017).

Lousada Arochena, J. F. 2007, 259-261). El acceso a los puestos de dirección de las empresas de las mujeres se concibe como un potencial a explotar, y no como un problema que necesita tratamiento. Plantea pues una perspectiva utilitarista respecto de las concepciones sobre discriminación laboral de las mujeres defendidas a comienzos de siglo, y que desde la década de los años ochenta viene desarrollando explicaciones sobre el «techo de cristal» y sobre los posibles modos de «romperlo», reivindicando los derechos fundamentales de las mujeres, y analizando los obstáculos que existen en el desarrollo profesional de aquéllas (Senent Vidal, M. J., 2010, 260 y ss) En esta economía compleja, las empresas ven la necesidad de cambio como imprescindible para su supervivencia, y aquí, la disponibilidad de recursos humanos y el impacto positivo que estos recursos pueden tener sobre la actividad empresarial es muy importante, también en lo referido a aumento de los beneficios económicos. El objetivo de conseguir una diversidad de género dentro de los consejos de administración, sin embargo, no debe ser solo un objetivo de eficiencia económica, o si se quiere, la perspectiva económica anteriormente indicada, ni debe ser la única ni tampoco puede ser la principal, ya que más bien, debe responder a un desafío en el plano de la ética y de la política. Este tema debe situarse en el ámbito de las políticas de igualdad, que intentan corregir una desigualdad consolidada históricamente, así como también, contar con otras aportaciones valiosas (ni más ni menos valiosas) que la del género que hasta ahora sigue siendo el dominante y principal responsable de la discriminación. Estarían justificadas de forma transitoria, medidas de promoción de sectores discriminados a la vez, es lógico pensar que el género masculino se resista en alguna medida a soportar el cambio, y además que el mercado de forma natural no será eficiente o lo será pero a un ritmo muy lento (Esteban Velasco, G., 2005, 56). Estamos de acuerdo con estas últimas consideraciones, y entendemos que es aquí donde debe situarse el debate. Igualmente resulta necesario —dado ese ritmo lento del mercado— acelerar los cambios a través de normas puesto que éstas terminan a su vez provocando cambios en las mentalidades y en las prácticas.

A nivel europeo debe mencionarse el derecho originario de los Tratados y sus modificaciones²¹ y el Derecho Derivado, y dejando ahora al margen

²¹ Sobre el Derecho originario de los Tratados debe citarse el art. 3 TUE. La UE combatirá la exclusión social y la discriminación, y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres. El art. 8 TFUE indica que en todas sus acciones la UE se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre hombres y promoverá su igualdad. El art. 157.4 TFUE sobre el principio de igualdad de trato y las medidas que contribuyen a garantizar la plena igualdad

la normativa —muy abundante— de carácter no vinculante. Respecto al Derecho Derivado, y por su trascendencia debe mencionarse la Propuesta para una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mejora del balance de género entre consejeros no ejecutivos de sociedades que cotizan en mercados de valores y medidas relacionadas (COM (2012) 614 final) (Huerta Viesca, M. I., 2013, 220-248. Escribano Gamir, C., 2014, 102. Pérez Troya, A., 2012, 147. Leñena Mendizábal, E., 2010, 679). La propuesta se dirige a los no ejecutivos o independientes porque «pretende lograr un equilibrio adecuado entre la necesidad de aumentar la diversidad de género en los consejos pero reduciendo la posibilidad de injerencias en la gestión de la empresa». Finalmente, debe mencionarse la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 2017 sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea en 2014-2015²².

En el caso de España el vigente sistema se consolida mediante recomendaciones, en el marco de la responsabilidad social corporativa y de las normas de buen gobierno. Así el reformado art. 529 *quindecies* de la LSC²³ y el principio 10 y la recomendación 14 del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas de 2015²⁴. Por supuesto, no debe olvidarse el artículo

entre hombres y mujeres en la vida laboral. El art. 3 de la Directiva 2006/54/CE sobre la igualdad entre mujeres y hombres, y el art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales.

²² 2016/2249 (INI).

²³ La Ley 31/2014 de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora del Gobierno Corporativo (BOE, núm. 293, de 4 de diciembre) incorpora el art. 529. *quindecies* 3, párrafo b) en relación con la comisión de nombramientos y retribuciones: «Sin perjuicio de las demás funciones que le atribuya la ley, los estatutos sociales, o, de conformidad con ellos, el reglamento del consejo de administración, la comisión de nombramientos y retribuciones tendrá como mínimo, las siguientes: b) Establecer un objetivo de representación para el sexo menos representado en el consejo de administración y elaborar orientaciones sobre cómo alcanzar dicho objetivo». También hay que citar el art. 540.4 c) 61 LSC, relativo al informe anual de Gobierno Corporativo.

²⁴ Aprobado por Acuerdo del Consejo de la CNMV de 18 de febrero de 2015 recoge la cuestión de género en el apartado dedicado a la estructura y composición del consejo de administración. Así el principio 10 destaca: «El consejo de administración tendrá la dimensión precisa para favorecer su eficaz funcionamiento, la participación de todos los consejeros y la agilidad en la toma de decisiones, y la política de selección de consejeros promoverá la diversidad de conocimientos, experiencias y género en su composición...» En este marco normativo, se recomienda que las sociedades expliciten su compromiso con una composición diversa del consejo de administración, desde la fase inicial de selección de posibles candidatos. Ade-

75 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁵, que regula esta materia.

2.2. Las mujeres en los órganos de administración de las sociedades laborales

Los administradores de las sociedades laborales deben favorecer la diversidad en las plantillas mediante una política de igualdad de oportunidades y la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en las empresas, en concreto en los comités de dirección y los consejos de administración y todo ello encaminado a la consecución de la igualdad real en materia de selección, promoción, formación y retribución salarial, pero en ningún caso debe olvidarse la realidad de las sociedades laborales, y que son diferentes al resto de sociedades mercantiles y a las cotizadas por lo que la regulación en este aspecto, debe modularse para respetar estas particularidades.

Las mujeres en las empresas de economía social como las sociedades laborales están llamadas a desempeñar un papel si cabe más importante porque en estas empresas valores como la igualdad están implícitos en ellas, lo que les hace esforzarse por fomentar el respeto mutuo y la igualdad de oportunidades precisamente como deberes y no como meros propósitos. Estos mismos principios hacen que la estructura organizativa pueda ser más flexible y participativa y ello facilita su adaptación a las necesidades e intereses de las mujeres. En este sentido, la RSE sería un elemento de la estrategia corporativa, llamada a convertirse en una inversión rentable ya que colabora con la consecución de una mejor reputación corporativa, del clima laboral, y de las relaciones con proveedores y con clientes. En la RSE la mayor parte de la Doctrina está de acuerdo en que la voluntariedad es un principio indiscutible. Son las empresas las que deben utilizar esa herramienta de gestión empresarial para ir más allá de lo que establece la Ley, dando respuesta a los diferentes grupos de interés implicados y plasmando

más, dada la insuficiente presencia de mujeres en los consejos de administración, se recomienda que se incluyan objetivos concretos que la favorezcan. La política de selección de consejeros, debe promover el objetivo de que en el año 2020 el número de consejeras represente, al menos, el 30% del total de miembros del consejo de administración. La comisión de nombramientos verificará anualmente el cumplimiento de la política de selección de consejeros y se informará de ello en el Informe anual de gobierno corporativo.

²⁵ Ley 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

en sus códigos qué, cómo, cuándo y con quiénes asumen esa responsabilidad social, así como también la forma de rendir cuentas de su desempeño social. Es necesario el establecimiento y aplicación de consecuencias jurídicas para los casos de incumplimiento²⁶. Entendemos que la previsión del legislador en el caso de las laborales, es el establecimiento de un mandato, de un verdadero deber, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades de capital, y por lo tanto en los casos de incumplimiento evidente del mismo, principalmente en el caso de grandes sociedades laborales, los administradores deberían responder siguiendo los presupuestos de responsabilidad de los administradores que se recogen en la LSC (Quijano González, J. 2016, 591-613. Villafañez Pérez, I., 2016, 129-130)²⁷.

Cualquier iniciativa en la materia debe necesariamente adaptarse y tener en cuenta el tamaño de estas sociedades, en particular pymes como son la mayor parte de sociedades laborales, su sector, la coyuntura del momento económico, etc. Entendemos que las medidas deben hacerse compatibles con su pervivencia en el mercado, con su —necesaria— eficiencia productiva, y con la generación de beneficios para la sociedad; no consideramos que la simultaneidad de ambas resulte incompatible. En este sentido para la mayoría de las pymes especialmente las microempresas, es probable que el proceso de RSE siga siendo informal e intuitivo, pero ello no exime de la relevancia que la aplicación de prácticas éticas y generadoras de confianza de RSE y RSG pueda tener tanto para su negocio particular como para la sociedad a la que presta un producto o servicio. Hay que tener en cuenta que la aplicación de estas medidas, se realiza con dificultades dentro de las pequeñas organizaciones, o bien éstas tienen importantes dificultades para implementar prácticas similares adaptadas a sus dimensiones; no deben in-

²⁶ Igual que ocurre en ocasiones, con el incumplimiento de códigos de conducta, por ejemplo en el ámbito publicitario.

²⁷ El art. 230 destaca la imperatividad del deber de lealtad. Como consecuencias del incumplimiento de estos deberes la LSC señala la posibilidad de impugnación de los acuerdos sociales; el cese, con un régimen distinto para los socios —causas de exclusión (art. 351)— y para los administradores (arts. 223 y 224), así como el art. 230.3 en caso de realización de actividades competitivas, y finalmente la responsabilidad de los administradores. Así, los administradores de hecho o de derecho responden frente a la sociedad, socios y acreedores sociales, del daño que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo de acuerdo con lo indicado en los arts. 236 a 241 *bis*. El ejercicio de estas acciones no impide a su vez el ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos, y en su caso, en los términos del art. 232.

crementarse las dificultades que ya de por sí sufren las S. Lab., como fórmula de autoempleo colectivo a veces derivadas de una situación de reestructuración que tiene como finalidad al constituir las el mantenimiento de empleos, que de otra forma posiblemente, se hubieran perdido definitivamente.

En segundo lugar, el 13.3 podría concretarse a través de los planes de igualdad en las empresas. Como es bien sabido, la LOI hace referencia a los planes de igualdad en el artículo 45, que se refiere a las grandes empresas. Para las de menos de 250 trabajadores la elaboración de planes de igualdad son una media voluntaria (art. 46 de la LOI). Los administradores de las sociedades laborales, aunque la dimensión de la sociedad permita una aplicación voluntaria por no llegar al número de trabajadores, deberían realizar un esfuerzo por aplicar esos planes adaptados a la dimensión de la misma. Todos los miembros de la sociedad laboral, pero especialmente las personas socias trabajadoras que como es lógico tienen el mayor peso cuantitativo dentro de la sociedad, deben participar en el proceso, ya que ello garantizará el éxito de su implantación y funcionamiento. La adaptación al tamaño y medios de estas empresas (pymes y micro-pymes) es imprescindible ya que no suelen contar con departamentos de recursos humanos o con personal cualificado para incorporar estas políticas y tampoco personal dedicado a la implementación de estas medidas o personal específicamente formado para un asesoramiento adecuado en función de las necesidades de la organización empresarial y de los resultados que desean conseguirse²⁸.

Junto con el fomento del acceso de las mujeres a los puestos de consejeras, e implementar con flexibilidad los planes de igualdad y acciones equivalentes no deben descartarse otras medidas entre las que queremos destacar ahora, la incorporación de cláusulas sociales en materia de género en la contratación con la Administración Pública, cuyo estudio excede con mucho el ámbito de nuestro trabajo en este momento.

²⁸ Dentro de las medidas relacionadas con el empleo estarán también las referidas al área de condiciones de trabajo y desarrollo profesional, acciones que mejoren la situación de las mujeres en la empresa a través de la revisión de la clasificación profesional, igualdad en materia retributiva, tipología de contrato, ordenación de tiempos de trabajo para favorecer la igualdad y la conciliación de la vida laboral, personal y familiar. En el ámbito de la formación las dirigidas a la formación específica de mujeres que les permita ocupar puestos de mayor responsabilidad o acceder a puestos de trabajo en los que la presencia de las mujeres es minoritaria, así como la adaptación de los programas generales a las necesidades específicas de las mujeres, prestando especial atención a aspectos como el lugar de formación, horario, duración, etc.

Bibliografía

- ALCALÁ DÍAZ, M. A., (2009). «La estructura orgánica de la sociedad y el sistema de adopción de acuerdos», en *Cuadernos de Derecho para ingenieros*, 123-142.
- (2010). «Los deberes de los administradores en la PYME», en *Creación, gestión estratégica y administración de la PYME*, M. A. ALCALÁ (ed.) Madrid: Civitas (pp. 437-480).
- ANDREU MARTÍ, M. M. (2014). «Transmisión de acciones y participaciones sociales en la reforma propuesta de la Ley de Sociedades Laborales». *CIRIEC-Revista Jurídica* 25, 313-342.
- ALCOVER GARAU, G. (1994). «La representación proporcional de la minoría en el Consejo de Administración de la SA y el principio mayoritario en el funcionamiento de la Junta General de accionistas». *RdS*, 2, 83-100.
- ALFARO, J. *Libertad contractual y principio de igualdad*. <http://almacenederecho.org/libertad-contractual-y-principio-de-igualdad/>. (Recuperado el 1 de julio de 2017).
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015). «Artículo 225. Deber general de diligencia». En J. JUSTE MENCÍA (Eds.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en material de gobierno corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas* (pp. 313-324). Navarra: Thomson Reuters Civitas.
- ALGAR JIMÉNEZ, C. (2014). «La responsabilidad de los administradores de las sociedades en crisis en el ámbito laboral». *Economist & Jurist*, 22, 180, 64-68.
- ALONSO LEDESMA, C. (2011). «De nuevo sobre la separación de consejeros nombrados por el sistema de representación proporcional por apreciar la existencia un conflicto de intereses del accionista al que están vinculados (a propósito de la ST del Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Bilbao de 26 de enero de 2011)». *La Ley*, 7605, 1-11.
- ALONSO MUÑUMER, M. E. (2016). «Adopción de acuerdos y conflicto de intereses». En A. EMPARANZA SOBEJANO (Eds.). *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital* (pp. 57-80). Madrid: Marcial Pons.
- BARBERÁ HEREDIA, E., & SARRIÓ, M., & RAMOS, A., & CANDELA, C. (2002). «Más allá del techo de cristal». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 40, 62-63.
- BATLLE SALES, G. (1997). «Consecuencias jurídicas del carácter laboral en la organización social de la sociedad». En F. ALONSO ESPINOSA (Eds.), *Régimen jurídico de las sociedades laborales. Estudio sistemático de la Ley 4/1997* (pp. 47-65). Valencia: Tirant lo Blanch.
- BOQUERA MATARREDONA, J. (2002). «El órgano de administración en las sociedades laborales». *CIRIEC-Revista jurídica*, 13, 111-123.
- (2016). «Novedades en la regulación del órgano de administración de las sociedades laborales». *CIRIEC-Revista jurídica*, 28, 1-19.
- BOTANA AGRA, M., (2016). «Prólogo», *CIRIEC-Revista jurídica*, 28, 1-3.
- COLINO MEDIAVILLA, J. L. (2009). «Separación *ad nutum* del administrador designado mediante sistema proporcional. (Comentario a la STS (Sala de lo Civil) de 2 de julio de 2008 (RJ 2008, 4277)», *RdS*, 32, 381-388.
- DÍAZ GÓMEZ, M. A., (2011). «La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada», *Pecunia*, 12, 1-70.

- (2017). «la empresa familiar y su buen gobierno como mecanismo apto para la consecución de empresas saludables», *Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores*, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO (Ed). Madrid: Bomarzo, 31-54.
- DÍAZ GÓMEZ, M. A., PÉREZ CARRILLO, E. F., (2015). «Discriminación de género en el acceso a bienes y servicios en el tráfico mercantil entre privados». *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, 10, 129-150.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F. (2011). «Contenido y tendencias del Derecho Mercantil contemporáneo». En L. PILOÑETA, & M. IRIBARREN (Eds.), *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor José María Muñoz Planas* (pp. 149-166). Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- ELOSEGUI ITXASO, M., & LOUSADA AROCHENA, J. F. (2007). «La participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles». *Revista del Poder Judicial*, 86, 259-261.
- EMBED IRUJO, J. M. (2013). «El significado de la igualdad entre hombres y mujeres en el derecho de sociedades». En A. M. TOBÍO RIVAS (Eds.), *Estudios de derecho Mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. hc, José Antonio Gómez Segade* (pp. 147-162). Madrid: Marcial Pons.
- (2015). *La mejora del gobierno corporativo y el régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital. Adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno corporativo*, L. Hernando Cebriá, (ed.) Barcelona: Bosch (pp. 27-57).
- ESCRIBANO GAMIR, C. (2014). «El acceso de la mujer a los consejos de administración de las sociedades mercantiles: igualdad de género y poder de decisión en el Derecho Español». En T. MARTÍNEZ LÓPEZ, & J. M. VELASCO RETAMOSA (Eds.), *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica* (pp. 102-144). Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- ESTEBAN VELASCO, G. (2005). «Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)». En (ESTEBAN & GONDRA & MONEVA Y RIVERO, Eds.), *Responsabilidad social corporativa. Aspectos jurídico-económicos* (pp. 13-62). Castellón: Universidad Jaume I.
- FAJARDO GARCÍA, I. G. (2002). «Reflexión en torno a la función social de la sociedad laboral y su régimen jurídico». En M. PONS (Eds.), *Estudios jurídicos sobre economía social* (pp. 187-208). Madrid: Universidad del País Vasco-Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social de la Universidad del País Vasco-GEZKI.
- FAJARDO GARCÍA, G. (2008). «Aspectos societarios de la reforma de la Ley de sociedades laborales». *CIRIEC-Revista Jurídica*, 19, 141-158.
- (2012). «Las empresas de economía social en la Ley 5/2011, de 29 de marzo». *RdS*, 38, 245-280.
- FUENTES NAHARRO, M., (2008). «La opción por el sistema dual de administración en la sociedad cooperativa europea domiciliada en España», *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, 1-55, eprints.ucm/es7102/1/sistema_dual_cooperativa_working_paper.pdf (recuperado el 10 de junio de 2017).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (2015). «Los deberes de conducta de los administradores». Deber de diligencia y deber de lealtad. En J. GARCÍA DE ENTERRÍA (Eds.), *La reforma de la Ley de Sociedades de capital en materia de gobierno corporativo* (pp. 61-69). Pamplona: Aranzadi.

- GUERRA MARTÍN, G., (2009). «La separación de consejeros dominicales por conflicto de interés del accionista al que están vinculados», *RDM*, 272, 621-648.
- (2010). «Responsabilidad de administradores en las PYME», *Creación, gestión estratégica y administración de PYME*, M. A. Alcalá Díaz (ed.), Madrid: Civitas Thomson Reuters, (pp. 481-498).
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M^a B. (2009). «La separación de los administradores nombrados mediante el sistema proporcional». *RCDP*, 6, 985-1006.
- GRIMALDOS GARCÍA, M. I., (2016). «La nueva regulación del órgano de administración de las sociedades laborales», *XVI Congreso de Investigadores en Economía Social y Cooperativa. Economía Social: crecimiento económico y bienestar*, 1-20, en: ciriec.es/eventos/xvi-congreso-de-investigadores-en-economia-social-y-cooperativa/comunicaciones (recuperado el 13 de junio de 2017).
- HUERTA VIESCA, M. I. (2009). *Las Mujeres en la Nueva Regulación de los Consejos de Administración de las Sociedades Mercantiles Españolas. Artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- (2013). «En torno a la propuesta de Directiva comunitaria sobre equilibrio de género e igualdad en los consejos de administración de las sociedades cotizadas de la Unión Europea», COM (2012) 614 final, 2012/0299 *RdS*, 41, 220-248.
- JUSTE MENCÍA, J. (1991). «El sistema de representación proporcional en el Consejo de administración según el RD 821/1991 de 17 de mayo». *RDBB*, 421-440.
- (2006). «Facultad de cooptación del consejo de administración y derecho de representación proporcional de la minoría». *RdS*, 27, 345-351.
- (2010). «Algunas cuestiones relativas al nombramiento de consejeros mediante el sistema de representación proporcional». En A. DÍAZ MORENO, & L. A. SOLER PASCUAL, & J. JUSTE MENCÍA, & A. ARRIBAS HERNÁNDEZ (Eds.), *II Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho Mercantil* (pp. 11-30). Madrid: Marcial Pons.
- LARA GONZÁLEZ, R. (1998). «La organización administrativa de las sociedades laborales y el derecho de representación proporcional». *RDM*, 228, 679-694.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. (2010). «La participación de la mujer en los consejos de administración de las sociedades corporativas». *RDM*, 278, 1233 y ss.
- LEÓN SANZ, F. J. (2015). «Artículo 249. Delegación de facultades en el Consejo de Administración». En J. JUSTE MENCÍA (Eds.), *Comentario de la Reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) Sociedades no cotizadas* (pp. 497-520). Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters-Civitas.
- (2015). «Artículo 249 bis. Facultades indelegables». En J. JUSTE MENCÍA (Eds.), *Comentario de la reforma del régimen de sociedades de capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas* (pp. 521-540). Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters-Civitas.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., (2010). «Los derechos individuales de los socios ante la modificación de estatutos sociales en la sociedad limitada», *RdS*, 35, 33-63.
- MARTÍNEZ SANZ, F. (1992). *La representación proporcional de la minoría en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima*. Madrid: Civitas.
- MORILLAS JARILLO, M. J. (2002). «Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital». Madrid: *La Ley Actualidad. Biblioteca de derecho de los negocios*.

- OLAVARRÍA IGLESIA, J. (2008). «Algunos aspectos societarios de la propuesta de reforma de la Ley de sociedades laborales presentada por CONFESAL», *CIRIEC-Revista Jurídica*, 19, 173-177.
- PAZ-ARES, C., & ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2002). «Ensayo sobre la libertad de empresa». En A. CABANILLAS (Eds.), *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo t. IV* (pp. 5971-6040). Madrid: Thomson Civitas.
- PEÑAS MOYANO, B., (2012). «Dictamen del Comité de las Regiones sobre el paquete de “empresas responsables”», *RdS*, 39, 491-503.
- PERDICES HUETOS, A., & DE LA HUCHA CELADOR, F., & GOÑI SEIN, J. L., & SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C. (2000). *Comentarios al Régimen legal de las sociedades mercantiles. Sociedades laborales* (En R. Uría, & A. Menéndez, & M. Olivencia Eds.). (pp. 233-246). t. XV Madrid: Civitas.
- PÉREZ TROYA, A., (2012). *La igualdad de género en el mercado y la empresa II. Diversidad de género e igualdad de Derechos. Manual para una asignatura interdisciplinar* E. Carmona Cuenca ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 147-163.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J. (1996). «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores; nombramiento, duración, retribución, conflicto de intereses, separación; los suplentes». En F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, & R. GARCÍA VILLAYERDE, & L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, & A. ALONSO UREBA, & L. VELASCO SAN PEDRO, & G. ESTEBAN VELASCO (Eds.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada, Tomo I* (pp. 670 y ss). Madrid: Mc Graw Hill.
- (2016). «Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del Consejo de administración (arts. 236.1 y 2 LSC)». En *Junta General y consejo de Administración de la sociedad cotizada: Estudio de las modificaciones de la Ley de sociedades de capital introducidas por las Leyes 31/2014 de 3 de diciembre, 5/2015 de 27 de abril, 9/2015 de 25 de mayo, 15/2015 de 2 de julio y 22/2015 de 20 de julio, así como de las Recomendaciones del Código de buen gobierno de febrero de 2015*. En F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, & A. ALONSO UREBA, & L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. A. VELASCO SAN PEDRO, & J. QUIJANO GONZÁLEZ, & G. ESTEBAN VELASCO, & A. RONCERO SÁNCHEZ, (Eds.) (591-613) Navarra: Aranzadi.
- RECALDE CASTELLS, A. (2016). «Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la *Business Judgement Rule*». En A. Emparanza Sobejano (Eds.), *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital* (pp. 245-274). Madrid: Marcial Pons.
- ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL, J. J. (2014). «La necesaria revisión del régimen jurídico del nombramiento de los miembros del Consejo de administración por el sistema de representación proporcional en la SL». *CDC*, 62, 77-90.
- RONCERO SÁNCHEZ, A. (2008). «La cobertura de vacantes en el consejo de administración de una sociedad anónima por el sistema de cooptación y el ejercicio del derecho de presentación proporcional». *RdS*, 31, 187-202.
- ROQUETA BUJ, R. (1999). «Socios trabajadores y administradores sociales en las sociedades mercantiles capitalistas y sociedades laborales: puntos críticos», *Actualidad Civil*, 2, 27-552.
- SÁEZ LACAVE, M. I. (2012). «Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios». *InDret* 3, 1-53.

- SÁNCHEZ PACHÓN, L. A., (2012). «Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación del Reglamento n° 1435/2003 del Consejo de 22 de julio de 2003 relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE)», *RdS*, 38, 467-468.
- SÁNCHEZ RUIZ, M. (2013). «El deber de abstención del administrador en conflicto de intereses con la sociedad (art. 229.1 LSC)». *RdS*, 41, 175-216.
- SENENT VIDAL, M. J. (2010). «La aplicación del principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en las sociedades cotizadas». En F. GONZÁLEZ CASTILLA (Eds.), *Estudios de Derecho del Mercado Financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo* (pp. 235-262). Valencia: Universidad de Valencia.
- (2014). «Crisis, responsabilidad social empresarial y perspectiva de género». En C. MESA MARRERO (Eds.), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género* (pp. 565-597). Valencia: Tirant lo Blanch.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., (2011). «La responsabilidad social corporativa: una reflexión». En F. DE PAULA BLASCO GASCO, (Eds.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penedés vol. 2 t. II* (pp. 2663-2686).
- VALPUESTA GASTAMINZA E. M., & BARBERENA BELZUNCE, I. (1998). *Las sociedades laborales. Aspectos societarios, Laborales y Fiscales*. Madrid: Aranzadi.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A., (2002). «Modificación del consejo de administración con composición de hecho proporcional, ante la situación de conflicto de intereses de uno de los accionistas», *RdS*, 19, 169-175.
- VERDÚ CAÑETE, M. J. «El sistema de representación proporcional en el órgano de administración de sociedades laborales». En *XVI Congreso de Investigadores en Economía Social y Cooperativa. Economía Social: crecimiento económico y bienestar*, en: ciriec.es/eventos/xvi-congreso-de-investigadores-en-economia-social-y-cooperativa/comunicaciones (recuperado el 13 de junio de 2017).
- VIERA GONZÁLEZ, A. J., (2002). *Las sociedades de capital cerradas (un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL)* Madrid: Aranzadi.
- VILLAFÁÑEZ PÉREZ, I. (2016). «El deber de lealtad y sus concreciones en la legislación cooperativa». *REVESCO*, 120, primer cuatrimestre, 21-148.
- YANES YANES, P., (2010). «La sociedad limitada de la economías sostenible», *CDC*, 54, 13-44.

Otras particularidades de la estructura financiera: la reserva especial

FERNANDO POLO GARRIDO

*Profesor Titular de Economía Financiera y Contabilidad
CEGEA. Universitat Politècnica de València*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REGULACIÓN DE LA RESERVA ESPECIAL. 1. Situación anterior a la Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales (LSAL). 2. Regulación en la Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales (SAL). 3. Regulación en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (LSL). 4. Regulación en la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas (LSP). III. ESTUDIO CONTABLE DE LA RESERVA ESPECIAL Y ENCAJE CON LA LEGISLACIÓN MERCANTIL. IV. CONCLUSIONES. Bibliografía.

RESUMEN: La LSP incorpora como novedad más destacada un nuevo destino para la Reserva Especial, la adquisición de sus propias acciones o participaciones sociales y otros aspectos demandados como una limitación a su dotación obligatoria. En el presente trabajo llevamos a cabo una revisión de la regulación de la Reserva Especial desde sus orígenes hasta la actualidad, abordando el tratamiento contable de la Reserva Especial, centrando nuestra atención en el nuevo destino de la Reserva Especial, por cuanto que la compra de acciones o participaciones propias con cargo a la Reserva Especial presenta algunos problemas de encaje entre la legislación mercantil y la norma contable que son abordados presentando propuestas de solución.

I. INTRODUCCIÓN

Las sociedades laborales (SLab) se configuran como una importante herramienta para la promoción de la participación de los trabajadores en la empresa y el acceso de los trabajadores a los medios de producción. Nacidas en los años setenta como método de autoempleo colectivo, en un primer momento, las medidas para su fomento reciben un tratamiento englobado en la cooperación (Montolío, 1986), de hecho, la primera mención legal referida a las sociedades laborales con tal denominación aparece en la Ley cooperativas de 1974.

Aunque la doctrina en muchas ocasiones ha atribuido funciones similares a las cooperativas de trabajo y a las SLab, y cierto es que fomentan el ac-

ceso de los trabajadores a la propiedad de la empresa, debiendo entender ésta como un medio para obtener el control de la empresa, compartiendo muchas características en común, su distinta regulación ofrece distintas posibilidades para la autorregulación de la sociedad. En este sentido es indicativo el trabajo de Sala Ríos, Farré Perdiguier y Torres Solé (2014) que evidencia un distinto comportamiento de las sociedades laborales en comparación con las cooperativas, las SLab muestran un comportamiento pro-cíclico mientras que las cooperativas evolucionan de forma bastante desvinculada de la actividad económica.

Por tanto, es indudable que las SLab son merecedoras de estudio y un marco legal que favorezca su desarrollo potenciando sus rasgos esenciales. En ese contexto, la Reserva Especial debe ser un instrumento que combinado con otros permita tanto el acceso de los trabajadores fijos a la propiedad de la empresa como a la salida de éstos, ofreciendo liquidez a su participación financiera en el caso de que no sea adquirida por otros trabajadores fijos no socios, socios trabajadores o socios de la clase general.

El presente trabajo estudia en la siguiente sección la regulación legal de la Reserva Especial estructurándose en cuatro subsecciones, la primera dedicada a la situación anterior a la LSAL, donde todavía no se había introducido este instrumento. La segunda bajo la LSAL, donde se introduce la Reserva Especial con carácter de irrepartible. La tercera bajo la LSL, donde pierde el carácter de irrepartible y la última sección bajo la actual LSLP, que introduce como novedad más destacada en relación a la Reserva Especial, un nuevo destino, la adquisición de sus propias acciones o participaciones sociales.

Es precisamente este nuevo destino el que va a centrar la atención de la sección tercera donde se abordará el estudio contable de la Reserva Especial y el encaje de la legislación mercantil (LSLP) con la normativa contable. Para finalizar la sección cuarta concluye.

II. REGULACIÓN DE LA RESERVA ESPECIAL

1. Situación anterior a la Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales (LSAL)

Con anterioridad a la promulgación de la LSAL los planes y programas de inversión del Fondo Nacional de Protección del Trabajo dan cobertura a los antecedentes de las actuales SLab. Aún sin una concepción técnica, los mencionados planes y programas del Fondo Nacional de Protección

del Trabajo proporcionan una base a favor de este tipo de empresa (Montolio, 1986). Fue con la Orden de 24 de enero de 1970 cuando se introdujo el apelativo laboral, dentro del Capítulo IV «Promoción social de los trabajadores», sección segunda «Acceso a la propiedad» y dentro de la misma la subsección tercera «Empresas de régimen asociativo y laboral».

A partir de la Orden de 6 de febrero de 1971 (X Plan) empieza la preocupación por la distribución del capital. El artículo 43 establece entre los documentos a aportar el proyecto de estatutos por los que habrá de regirse la nueva empresa, estableciéndose que en tales estatutos necesariamente habrá de hacerse constar que todos los trabajadores tienen derecho a acceder a la sociedad titular de la empresa; que no puede ser miembro de la misma quien no sea trabajador de la empresa, y que, en ningún caso, ninguno de los trabajadores podrá ostentar la mayoría del capital de la misma. La precisión del concepto «laboral» consistente en que todos los socios han de ser trabajadores y que ninguno de ellos podrá ser mayoritario en el capital constituye la nota más significativa y una constante en el tratamiento de este tipo societario, manteniéndose hasta el XVI plan sin variaciones.

La primera mención legal referida a las sociedades laborales aparece en la Ley cooperativas de 1974 que en su Disposición Final Segunda establece: «*Las sociedades laborales, integradas exclusivamente por trabajadores que sean beneficiarios de préstamos del Fondo Nacional de Protección del Trabajo, gozarán de los beneficios tributarios establecidos para las cooperativas fiscalmente protegidas, en los términos que se fijen por el Gobierno, a propuesta conjunta de los ministerios de Hacienda y Trabajo, previo informe de la Organización Sindical*». Pero es en la Orden de 12 de enero de 1979 (XVIII Plan de inversiones del Fondo Nacional de Protección del Trabajo) donde los diferentes Planes y Programas administrativos de ayudas parecen haber encontrado finalmente el perfil definitivo de la sociedad laboral (Montolio, 1986). Así pues, dentro de su capítulo III «Promoción social de los trabajadores», Sección 1ª «Asistencia económica», subsección 1ª «préstamos» en su artículo 9º, apartado 5º se establece: «*Si se tratase de una Sociedad Laboral, se hará constar necesariamente en ellos*¹:

1. *Que el 50 por 100, como mínimo, del capital social, tiene que pertenecer a los trabajadores.*
2. *Que ningún socio podrá ostentar más del 25 por 100 del capital social.*

¹ En los Estatutos por los que habrá de regirse la Entidad.

3. *Que los títulos, que serán necesariamente nominativos, pertenecientes a los trabajadores, sólo podrán transmitirse a otros trabajadores de la empresa.*
4. *Que la modificación de las anteriores menciones estatutarias, sólo podrá hacerse con la autorización del Fondo. Excepcionalmente, cuando se trate de conversión de una Sociedad, podrán formar parte de la Sociedad Laboral, los socios capitalistas de aquélla, siempre que la suma de su participación en la Sociedad Laboral no supere el 50 por 100 del capital social».*

Por su parte, la Orden de 21 de febrero de 1986 dispone un programa (Programa I) para el apoyo al empleo en cooperativas y sociedades laborales, en su artículo 9º establece, hasta la aprobación de las normas definitivas y a los solos efectos de las ayudas contempladas en el mencionado programa, que se entenderá por SLab aquella sociedad mercantil que cumpla con los siguientes requisitos:

- a) *«Que los trabajadores sean propietarios del 51 por 100 del capital social, como mínimo.*
- b) *Que ninguno de los socios ostente más del 25 por 100 capital social, salvo que sean Entidades públicas o personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente o pertenezca en su totalidad al Estado, Comunidades Autónomas o las Corporaciones Provinciales o Locales, en cuyo caso podrán ostentar hasta el 49 por 100 del capital social.*
- c) *Que los títulos representativos del capital social sean nominativos.*
- d) *Que los títulos representativos del capital social recojan en su texto las limitaciones que en orden a su transmisibilidad establezcan los Estatutos sociales.*
- e) *Que los títulos representativos del capital social, propiedad de los trabajadores, sólo pueden transmitirse a otros trabajadores de la misma Sociedad o a las Entidades a las que se refiere el apartado b) de éste artículo y con las limitaciones en él señaladas.»*

Puede pues observarse dos modificaciones respecto de la anterior Orden, una modificación eleva acertadamente al 51 por 100 el capital social en manos de los trabajadores, ostentando éstos el control de la sociedad y la otra modificación consiste en dar entrada como socio de capital a Entidades de derecho público o personas jurídicas participadas mayoritariamente por Entidades públicas en aras a sostener y crear empleo por Entidades públicas.

En síntesis, Montolío (1986) identifica en este periodo cuatro requisitos o contenidos esenciales de la sociedad laboral:

- *«Participación mayoritaria de los trabajadores en el capital social.*
- *Limitación de que ningún socio —salvo que se trate de una entidad pública— participe en más de una cuarta parte en dicho capital.*
- *Carácter nominativo de los títulos.*
- *Cautelas en cuanto a la transmisibilidad de los títulos, de forma que se mantenga la participación mayoritaria de los trabajadores en el capital.»*

En conclusión, en todo el periodo anterior a la Ley 15/1986 de Sociedades Anónimas Laborales el requisito de una reserva especial no estaba presente, a pesar de estar ésta considerada entre las líneas maestras del concepto de sociedad laboral por la Ley 4/1997, de 24 de marzo de Sociedades Laborales.

2. Regulación en la Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales (SAL)

La LSAL introduce en las SLab la Reserva especial en su artículo 17º que establece: *«Las Sociedades Anónimas Laborales, además de las reservas legales o estatutarias y con los mismos fines, vendrán obligadas a constituir un Fondo Especial de Reserva de carácter irrepartible, excepto en caso de liquidación, dotado con el 10 por 100 de los beneficios líquidos de cada ejercicio».*

Nada se indica en la Introducción de la citada Ley acerca de los motivos o justificación que ha llevado al legislador a establecer dicha Reserva especial. Si acudimos al proyecto de Ley de Sociedades Anónimas Laborales (Proyecto nº 121/000157), en dicho proyecto ya se establecía la Reserva especial en su artículo 15º con una redacción similar aunque no idéntica: *«Las Sociedades Anónimas Laborales, además de las reservas legales o estatutarias y con los mismos fines, vendrán obligadas a constituir un Fondo de Reserva equivalente al 10 por ciento de los beneficios líquidos de cada ejercicio».*

La redacción final añade el apelativo irrepartible (excepto en caso de liquidación) que fue incluido por la enmienda número 55 presentada por el Grupo Socialista. Otras enmiendas fueron presentadas respecto de la Reserva especial y no consideradas en la redacción final. El Grupo Centrista presentó la enmienda número 29 que proponía su supresión por estimar que no existen razones para esta exigencia. La enmienda número 90 presentada por el Grupo Popular, aparte de modificaciones de estilo y de las que eran consecuencia de su criterio de que también pueden revestir estas sociedades la forma limitada, establece para el fondo de reserva el tope de la quinta parte del capital desembolsado y precisa que ha de destinarse a

inversiones o a aumentos de capital. Por último, la enmienda número 12 (señor Bandrés Molet) añade al texto del Proyecto un inciso según el cual se podrá disponer del fondo de reserva para atenciones de carácter social en beneficio de los trabajadores.

No hay más consideraciones en relación a la Reserva especial, que finalmente se introdujo en la Ley, seguramente debido a la voluntad del legislador de dotar a las Sociedades Laborales de mayor solvencia y quizás inspirado en las mayores exigencias en relación a las dotaciones de reservas de las cooperativas, figura societaria de larga tradición. En definitiva, la enmienda presentada por el Grupo Centrista que proponía su supresión por estimar que no existían razones para su exigencia no fue admitida por la mayoría de la Ponencia.

Sobre la interpretación del apelativo irrepartible Lejarriaga Pérez De Las Vacas (1991) apuntaba que ni siquiera podrían compensarse pérdidas, diferenciándose de la reserva legal. Por su parte, Serra Mallol (1987) interpretaba que no hay obligación de conservarlo, lo único que no puede hacer la sociedad es repartirlo entre los socios como beneficio, pero nada impide que con él se haga frente a las pérdidas, sus fines son los mismos. Es claro pues que la Reserva especial no se puede repartir como dividendos entre los socios, salvo en el reparto del patrimonio social en caso de liquidación, teniendo los mismos fines que las reservas legales y estatutarias. Para Fajardo García (2008) el apelativo irrepartible permitía aminorar el valor de adquisición o de reembolso de las acciones (75% del valor real) y con ello facilitaba tanto el ingreso como la salida del socio. En todo caso, lo que no establecía la Ley es ninguna prelación entre esta reserva y las reservas legales y estatutarias en la compensación de pérdidas.

En relación a la regulación de la Reserva Especial, debemos añadir además que la falta de dotación del Fondo Especial de Reserva en la cuantía que establecía el artículo 17 era causa de pérdida de la condición de Sociedad Anónima Laboral (artículo 18). Asimismo, hay que destacar que para que las Sociedades Laborales pudieran acogerse a los beneficios tributarios que establecía el artículo 20, debían destinar al Fondo de Reserva (entiéndase el Fondo Especial de Reserva) el 50 por 100 de los beneficios líquidos del ejercicio.

3. Regulación en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (LSL)

La LSL, motivada fundamentalmente por la reforma mercantil de 1989 y por la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que ha-

cía de este tipo societario la formula societaria empleada en más del 90% de las sociedades nuevamente constituidas. Como indica la exposición de motivos de la LSL, se respetan las líneas maestras del concepto sociedad laboral, entre las que cabe señalar: «*que la mayoría del capital sea propiedad del conjunto de los socios trabajadores que prestan en ella servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido; fijación de un límite al conjunto de los trabajadores no socios contratados por tiempo indefinido; fijación del máximo de capital que puede poseer cada socio; existencia de dos tipos de acciones o participaciones según sus propietarios sean trabajadores o no; derecho de adquisición preferente en caso de transmisión de las acciones o participaciones de carácter laboral; **constitución de un fondo de reserva especial** destinado a compensar pérdidas*». Se considera pues en la Introducción a dicha Ley a la Reserva Especial dentro de las líneas maestras del concepto de SLab.

Lo cierto es que, tal como señala Fajardo García (2008), la Ley confunde instrumentos con notas esenciales de la SLab. La Reserva Especial con la única finalidad de compensar pérdidas no es una nota esencial y debería servir para contribuir al carácter laboral de la sociedad, es decir que la mayoría de capital esté en manos de los trabajadores fijos y que esta mayoría en el capital permita el control de la empresa por los trabajadores.

La Reserva Especial se regula en el artículo 14, cuya redacción no se vio modificada respecto de la establecida en el Proyecto de Ley 122/00003 de 12 de abril de 1996, que indicaba lo siguiente: «*1. Además de las reservas legales o estatutarias que procedan, las sociedades laborales están obligadas a constituir un Fondo Especial de Reserva, que se dotará con el 10 por 100 del beneficio líquido de cada ejercicio.*

2. El Fondo Especial de Reserva sólo podrá destinarse a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin.».

Incorpora pues la LSL modificaciones en la regulación de la Reserva Especial. Elimina el apelativo de irrepartible —excepto en caso de liquidación—. A este respecto, el Grupo Parlamentario Vasco presentó la enmienda núm. 10 que proponía recuperar el carácter de irrepartible. Sobre los efectos que la pérdida del apelativo de irrepartible tiene sobre la entrada y salida de socios véase Fajardo García (2008). La nueva redacción precisa la prelación entre las reservas a la hora de compensar pérdidas indicando que solo podrá destinarse a la compensación de pérdidas cuando no existan otras reservas disponibles para este fin.

En la misma línea con la ley precedente, la Reserva Especial tiene efectos en la descalificación de la sociedad como SLab. En este sentido, la LSL mejora y completa la redacción de éste extremo, estableciendo en su ar-

título 16.2 como causa de descalificación: «*La falta de dotación, la dotación insuficiente o la aplicación indebida del Fondo Especial de Reserva*».

La dotación a la Reserva Especial sigue teniendo efectos tributarios. En este sentido, la LSL reduce la dotación del 50 por 100 a un mínimo del 25 por 100 sobre los beneficios líquidos para que pueda acogerse la SLab a sus beneficios tributarios (Artículo 20.B). A este respecto, el Grupo Parlamentario Vasco presentó una enmienda para que se destinara al Fondo de Reserva Especial el 50 por 100 del beneficio líquido para poder acogerse la SLab a sus beneficios tributarios con la justificación de reforzar financieramente la sociedad; enmienda que finalmente no prosperó.

4. Regulación en la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas (LSLP)

Después de 15 años de vigencia de la LSL, la LSLP constituye el nuevo marco regulatorio de las SLab. Este nuevo marco normativo se justifica en el propio preámbulo de la LSLP por la necesidad de actualizar su marco normativo. Dicha necesidad deriva de la adecuación de la Ley de Sociedades Laborales al nuevo marco jurídico, a destacar la LSC, la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la Ley 2/2007 de las sociedades profesionales y la Ley 22/2003 concursal. Asimismo, se destaca en el preámbulo que esa necesidad de actualización tiene como objeto dar un nuevo impulso a las SLab y en cumplimiento de la Ley 5/2011 de economía social, «*refuerza la naturaleza, función y caracterización de la sociedad laboral como entidad de la economía social, poniendo en valor sus especificidades*».

En relación a medidas que pueden fomentar el impulso de las SLab es oportuno traer a colación las propuestas que la propia Confederación Empresarial de Sociedades Anónimas Laborales de España (CONFESAL, 2008) formuló para la reforma de la LSL y que son analizadas por Martín López (2010), organizándose en tres bloques: i) aspectos societarios, ii) aspectos tributarios y iii) aspectos de la seguridad social. Entre los aspectos societarios se encuentran propuestas relacionadas con el Fondo de Reserva Especial.

Dichas propuestas son posteriormente recogidas en una proposición de Ley de Sociedades Laborales (CONFESAL, 2009). En relación a la Reserva Especial que nos ocupa, son recogidas en el artículo 13 que propone la eliminación de la dotación obligatoria ilimitada de dicha Reserva, estableciendo la dotación obligatoria del 10 por 100 del beneficio líquido

de cada ejercicio hasta que la Reserva Especial alcance una cifra igual al importe del capital social suscrito. Añade además destinos adicionales al ya establecido de compensación de pérdidas en caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin, el de facilitar el acceso de los trabajadores a la condición de socios² o a inversiones en la explotación de la empresa. Por otra parte, se propone la eliminación de la falta de dotación, la dotación insuficiente o la aplicación indebida de la reserva especial como causa de descalificación. Asimismo, se vinculaba la aplicación de un tipo de gravamen reducido en el IS (20 por 100) al destino, acordado en sus Estatutos, del 25% de la Reserva Especial, una vez alcanzada la cifra de capital social, a facilitar el acceso de los trabajadores indefinidos que así lo deseen al capital social, de acuerdo con un Plan de adquisición de acciones o participaciones por los trabajadores.

Posteriormente el 14 de mayo de 2015 se presenta el Proyecto de Ley 121/000156 de Sociedades Laborales y Participadas que en relación a la Reserva Especial proponía:

«Artículo 14. Reserva especial.

1. Además de las reservas legales o estatutarias que procedan, las sociedades laborales están obligadas a constituir una reserva especial que se dotará con el diez por ciento del beneficio líquido de cada ejercicio, hasta que alcance al menos una cifra superior al doble del capital social.

2. La reserva especial sólo podrá destinarse por la sociedad laboral a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin, y/o a la adquisición de sus propias acciones o participaciones sociales, que deberán ser enajenadas a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12».

En relación al mismo el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia presentó una enmienda en la que proponía como límite a la dotación obligatoria a la Reserva el importe del capital social suscrito. Se justificaba la disminución del límite el que podría suponer una carga financiera excesiva para estas sociedades, desalentando su creación.

Por su parte, el Grupo Parlamentario Socialista proponía como requisito para acceder a los beneficios fiscales de las SLab el haber constituido la

² Un amplio sector de la doctrina (entre otros Fajardo García (2008)) que reclamaba que dicha reserva debería facilitar la incorporación de los trabajadores a la condición de socios.

Reserva especial prevista en el artículo 14 y haber realizado las dotaciones contempladas. Asimismo, también proponía un nuevo artículo referido a los «Beneficios fiscales», en el que se establecía que las SLab que reúnan los requisitos de la presente Ley podrán minorar, de la base imponible del Impuesto de Sociedades de cada ejercicio, el importe de la dotación que se destine a constituir una Reserva Especial destinada a facilitar el acceso de los trabajadores a la condición de socios trabajadores mediante la adquisición de acciones o participaciones de las sociedades laborales, hasta un máximo de 12.000 euros por cada nuevo socio trabajador. Estableciendo un plazo de aplicación de diez ejercicios siguientes al de la dotación.

Ninguna de dichas enmiendas fue admitida y la redacción del artículo 14 «Reserva Especial» en la LSLP quedó conforme a la establecida en el Proyecto de Ley 121/000156.

Igual que su Ley precedente, la LSLP mantiene como causa de la pérdida de calificación de laboral la falta de dotación, la dotación insuficiente o la aplicación indebida de la reserva especial. Por el contrario, para poder acogerse a los beneficios tributarios establecidos en la LSLP, ya no se requiere una dotación mínima del 25 por 100 de los beneficios líquidos, por lo que es suficiente con la dotación mínima obligatoria establecida en el artículo 14 del 10 por 100 hasta que la Reserva Especial alcance al menos una cifra superior al doble del capital social en orden a no incurrir en causa de descalificación.

III. ESTUDIO CONTABLE DE LA RESERVA ESPECIAL Y ENCAJE CON LA LEGISLACIÓN MERCANTIL

El tratamiento contable de la Reserva Especial no ofrecía ninguna dificultad hasta la entrada en vigor de la LSLP por cuanto su aplicación estaba limitada únicamente a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan reservas disponibles para este fin. Por lo tanto, se trata pues de una partida de patrimonio neto cuyo único movimiento contable posible derivado de su aplicación era:

(114X) Reserva Especial	
	a (121) Resultados negativos de ejercicios anteriores

O bien su cargo en la distribución del haber social a los socios o accionistas en caso de liquidación de la SLab.

(114X) Reserva Especial	a	(-) Accionistas/Socios, cuenta de liquidación

Como hemos señalado, la LSLP introduce como novedad que la Reserva Especial pueda destinarse a la adquisición de las propias acciones o participaciones de la SLab, debiendo ser enajenadas a favor de los trabajadores por tiempo indefinido en el plazo máximo de tres años, facilitando, tal como señala la introducción de la LSLP *«uno de los objetivos principales de la ley que es la articulación de mecanismos para procurar el acceso de los trabajadores a la condición de socios»*. Asimismo, es un mecanismo para que los socios trabajadores por tiempo indefinido al finalizar su relación laboral, en especial en los casos de jubilación o incapacidad permanente, puedan recuperar su inversión en el supuesto de que los trabajadores indefinidos no socios, otros socios trabajadores u otros socios de la clase general no estén interesados en su adquisición en ese momento.

Conforme establece el artículo 12.1 de la LSLP: *«la adquisición por la sociedad laboral de sus propias acciones y participaciones sociales en los supuestos contemplados en la presente ley, deberá efectuarse con cargo a beneficios, a la reserva especial o a otras reservas disponibles»*, esto supone una falta de encaje entre la normativa contable y la mercantil. Partiendo de la base de que las acciones o participaciones de la SLab estén clasificadas como instrumentos de patrimonio neto, la Norma de Registro y Valoración 9ª del Plan General de Contabilidad (en adelante PGC) establece que: *«En el caso de que la empresa realice cualquier tipo de transacción con sus propios instrumentos de patrimonio, el importe de esos instrumentos se registrará en el patrimonio neto como una variación de los fondos propios, y en ningún caso podrán ser reconocidos como activos financieros de la empresa ni se registrará resultado alguno en la cuenta de pérdidas y ganancias»*.

A tal efecto el PGC habilita la cuenta «108. Acciones o participaciones propias en situaciones especiales»³, que, según se desarrolla en los motivos de cargo y abono, será cargada por el importe de la adquisición de las acciones o participaciones, con abono, generalmente, a cuentas del subgrupo 57. Por lo tanto, el cargo en la cuenta 108 imposibilita el registro

³ En el caso de que la compra de acciones o participaciones propias se lleve a cabo para ejecutar un acuerdo de reducción de capital adoptado por la Junta General, el PGC habilita la cuenta «109. Acciones y participaciones propias para la reducción de capital».

contable de la aplicación con cargo a la reserva especial, beneficios o a otras reservas disponibles.

La exigencia de que las acciones o participaciones propias se adquieran en las SLab con cargo a beneficios, a la Reserva Especial a otras reservas disponibles, aun siendo una regulación específica de las SLab, cuenta con el antecedente de las SRL. En efecto, la LSC, en su artículo 140.1.d establece entre las adquisiciones derivativas permitidas: «*Cuando la adquisición haya sido autorizada por la junta general, se efectúe con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y tenga por objeto participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad, participaciones que se adquieran como consecuencia de la aplicación de una cláusula restrictiva de la transmisión de las mismas, o participaciones transmitidas mortis causa.*» No obstante, no encontramos referencias en la literatura contable abordando esta cuestión, y como hemos visto el PGC no la desarrolla.

Para abordar esta cuestión primero hemos de comprender el espíritu de la Ley. A este respecto, García Ruiz (2017) indica que este requisito supone que la SLab «*No podrá, por tanto, endeudarse para este menester.*». Por su parte, Jordá García (2017) señala que: «*Se exige por tanto que la sociedad laboral cuente con beneficios o las reservas referidas en cuantía suficiente de forma que la adquisición no suponga una reducción del patrimonio neto por debajo de la cifra del capital social más la reserva legal, las estatutarias, en su caso, y cualesquiera otras indisponibles.*». Por lo tanto, lo que impone la LSLP es un «**test de balance**», donde la adquisición de acciones o participaciones propias, no sólo queda limitada a la cuantía de las citadas partidas (beneficios, Reserva Especial y otras reservas disponibles), sino que debe dar como resultado que el patrimonio neto no resulte inferior al importe del capital social más la reserva legal y reservas estatutariamente indisponibles. Para el desarrollo de este test de balance hay que tener en cuenta que el patrimonio neto se refiere al patrimonio neto ajustado después de practicar los denominados ajustes sustantivos. Para el caso de una SA, según el artículo 146.1 b) de la LSC, el patrimonio neto contable será minorado en el importe de los beneficios imputados directamente al mismo, e incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo. Para Fernández Del Pozo (2011) «la cosa» requeriría de un análisis más detenido, pero entiende que: «*las reglas de computabilidad reseñadas son también aplicables a los otros supuestos de autocartera en que la normativa de acciones/participaciones propias exija que las respectivas operaciones se financien con “recursos libres” tales como las adquisiciones de participaciones permitidas*», señalando expresamente el artículo 140.1.d de

la LSC respecto de las SRL, y por consiguiente nosotros entendemos que también resultaría aplicable al artículo 12.1 de la LSLP, es decir las SLab con independencia de que sean SA o SRL aplicarían las citadas reglas de computabilidad al citado artículo.

A nuestro juicio, el modo de «conjugar» la normativa contable y la legislación mercantil (LSLP) pasa en un principio, siguiendo el PGC, por registrar la adquisición abonando generalmente cuentas de tesorería o las que correspondan según la contraprestación entregada con cargo a la cuenta «108. Acciones o participaciones propias en situaciones especiales»:

(108) Acciones o participaciones propias en situaciones especiales	a	(57X) Tesorería

Y consecutivamente cargar la Reserva Especial, las reservas disponibles o el resultado del ejercicio, según corresponda, con abono a una reserva indisponible que no permitiera su aplicación mediante la adquisición de acciones o participaciones propias, puesto que la Reserva Especial, y/o las reservas disponibles y/o el resultado del ejercicio ya han sido aplicados con esta finalidad:

(114X) Reserva Especial y/o (129) Resultado del ejercicio y/o (113) Reserva voluntaria u otras reservas disponibles	a	(11X) Reservas indisponibles

De este modo se atiende a lo establecido en la LSLP y los saldos resultantes de la Reserva Especial, de las reservas disponibles y del beneficio muestran las cantidades que se pueden disponer para sus fines, y en el caso concreto de adquisición de acciones y participaciones propias respetando además el test de balance anteriormente señalado. Asimismo, si el saldo de la Reserva Especial resultante después de la aplicación disminuyera por debajo del doble del capital social, esto supondría la dotación obligatoria a la citada reserva en la cuantía establecida. A este respecto, debemos entender como cifra de capital social todo el capital social suscrito y por tanto, a efectos del cálculo de la dotación obligatoria a la Reserva Especial, no ha de ser minorado por el saldo deudor de la cuenta «108. Acciones propias o participaciones propias en situaciones especiales», es decir no ajustado por las acciones o participaciones propias.

Al mismo tiempo, el anterior desarrollo atiende a su vez a la normativa contable, pues el importe de la adquisición de instrumentos de patrimonio propio se ha registrado en el patrimonio neto como una variación de los fondos propios, cargando la cuenta «108. Acciones o participaciones propias en situaciones especiales».

Por otra parte, es oportuno poner de manifiesto los requisitos de divulgación de información en la memoria de las cuentas anuales que establece al respecto la LSLP en su artículo 5.4: «*La memoria anual de las sociedades laborales recogerá las variaciones de capital social que haya experimentado dicha sociedad durante el ejercicio económico de referencia*». Asimismo, debemos tener presente la información a divulgar en la memoria que establece el PGC en el apartado 9.4.f Fondos propios de la memoria normal⁴ y la información a incluir en el informe de gestión establecida por el artículo 148.d⁵ de la LSC. En el caso de que la sociedad no estuviera obligada a elaborar el informe de gestión, entendiéndose también el supuesto en que no lo elaborase voluntariamente, el artículo 262 de la LSC, que establece el contenido de dicho informe, señala que si la sociedad hubiera adquirido acciones propias o de su sociedad dominante, deberá incluir en la memoria, como mínimo, las menciones exigidas en el artículo 148.d.

En cuanto a la enajenación de las acciones o participaciones propias clasificadas como instrumento de patrimonio, se abonará la cuenta «108. Acciones propias o participaciones propias en situaciones especiales» con cargo generalmente a cuentas de tesorería. En cambio, a diferencia de lo

⁴ «f) Número, valor nominal y precio medio de adquisición de las acciones o participaciones propias en poder de la sociedad o de un tercero que obre por cuenta de ésta, especificando su destino final previsto e importe de la reserva por adquisición de acciones de la sociedad dominante. También se informará sobre el número, valor nominal e importe de la reserva correspondiente a las acciones propias aceptadas en garantía. En su caso, se informará igualmente en lo que corresponda, respecto a otros instrumentos de patrimonio distintos del capital».

⁵ «d) El informe de gestión de la sociedad adquirente y, en su caso, el de la sociedad dominante, deberán mencionar como mínimo: 1.º Los motivos de las adquisiciones y enajenaciones realizadas durante el ejercicio. 2.º El número y valor nominal de las participaciones o acciones adquiridas y enajenadas durante el ejercicio y la fracción del capital social que representan. 3.º En caso de adquisición o enajenación a título oneroso, la contraprestación por las participaciones o acciones. 4.º El número y valor nominal del total de las participaciones o acciones adquiridas y conservadas en cartera por la propia sociedad o por persona interpuesta y la fracción del capital social que representan».

señalado en las definiciones y relaciones contables de dicha cuenta⁶, el registro contable de la diferencia entre el importe obtenido en la enajenación y su valor contable (cuenta 108) diferirá dependiendo de si se vende por encima o por debajo del valor contable. Si se vende por encima del valor contable la diferencia se llevará a reservas disponibles, abonándolas⁷ y la reserva indisponible quedará liberalizada, por lo que será cargada con abono a reservas disponibles:

(57X) Tesorería	a	(113) Reserva voluntaria
		(108) Acciones o participaciones propias en situaciones especiales
(11X) Reservas indisponibles	a	(113) Reserva voluntaria

Si se vende por debajo del valor contable, la diferencia motivará un cargo en la reserva indisponible anterior por el importe de dicha diferencia:

(57X) Tesorería		
(11X) Reservas indisponibles	a	(108) Acciones o participaciones propias en situaciones especiales

El resto del saldo de la reserva indisponible (el saldo resultante corresponderá con el precio de venta)⁸ quedará liberalizado, por lo que motivará un cargo en la reserva indisponible con abono a reservas disponibles:

(11X) Reservas indisponibles	a	(113) Reserva voluntaria

⁶ La cuenta «108. Acciones o participaciones en situaciones especiales» establece que se abonará por la enajenación de las acciones o participaciones con cargo, generalmente, a cuentas de tesorería. La diferencia entre la cantidad obtenida en la enajenación de las acciones o participaciones propias y su valor contable se cargará o abonará, según proceda, a cuentas del grupo 11. Generalmente la doctrina contable ha empleado la Reserva Voluntaria.

⁷ La literatura contable a empleado para ello la reserva voluntaria.

⁸ La reserva indisponible ha sido abonada por el precio de adquisición de las acciones/participaciones propias y cargada por la diferencia entre éste y el menor precio de venta, por lo que el saldo resultante corresponde con el precio de venta de las acciones/participaciones propias.

De este modo sólo se lleva a reservas disponibles el importe recuperado en la venta de las acciones o participaciones propias.

Aunque la clasificación contable de las acciones o participaciones propias como instrumento de patrimonio o pasivo financiero no es objeto del presente trabajo⁹, vamos a desarrollar también el tratamiento contable de las adquisiciones y enajenaciones de acciones o participaciones propias de la SLab en el caso en que se clasifiquen como pasivo financiero, aspecto no desarrollado por el PGC ni generalmente abordado por la literatura contable respecto de las SA ni de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

La adquisición de acciones o participaciones propias clasificadas como pasivo financiero supone una disminución del pasivo (deudas) de la sociedad, por lo que la adquisición no se puede registrar directamente con cargo a la Reserva Especial (o reservas disponibles o beneficios). Asimismo, si el precio de adquisición difiere del valor contable, la diferencia, según proceda, supondrá una pérdida o ingreso a reconocer en la cuenta de pérdidas y ganancias. Lo anterior queda ejemplificado en el siguiente asiento:

(150) Acciones o participaciones a largo plazo consideradas como pasivos financieros	a	(57X) Tesorería
(666) Pérdidas en participaciones y valores representativos de deuda		(766) Beneficios en participaciones y valores representativos de deuda

La Reserva Especial (o las reservas disponibles, o el beneficio) no han sido contablemente aplicadas a su finalidad. Con objeto de cumplir con la regulación mercantil, atendiendo al espíritu de la Ley, tal como ha sido expuesto anteriormente, procedemos del mismo modo cargando la Reserva Especial (y/o reservas disponibles y/o beneficio) con abono a una reserva indisponible cuyas aplicaciones no permitieran la adquisición de acciones o participaciones propias, puesto que la Reserva Especial ya ha sido aplicada con esta finalidad:

⁹ No obstante, queremos señalar que dependerá de las regulaciones concretas que pudiera establecer cada SLab en Estatutos, Contrato de Sociedad, contrato firmado con la empresa con cada trabajador, etc. En cualquier caso, estimamos con carácter general su clasificación como instrumento de patrimonio neto.

(114X) Reserva Especial y/o	
(129) Resultado del ejercicio y/o	
(113) Reserva voluntaria u otras reservas disponibles	a (11X) Reservas indisponibles

En cuanto a la enajenación de las acciones o participaciones propias clasificadas como pasivo financiero, la enajenación supone para la SLab incurrir en un pasivo por dichas acciones o participaciones, valorado éste en el importe de la venta, registrándose del siguiente modo:

(57X) Tesorería	
	a (150) Acciones o participaciones a largo plazo consideradas como pasivos financieros

Del mismo modo que anteriormente, la reserva indisponible queda total o parcialmente liberalizada al haber sido enajenadas las acciones o participaciones propias, debiendo reclasificarse a reservas disponibles. Si el precio de enajenación es superior al precio por el que fueron adquiridas previamente las acciones o participaciones propias, todo el importe que en su momento se destinó a la adquisición puede destinarse nuevamente a la adquisición de acciones o participaciones propias, es decir el importe cargado en la reserva indisponible y abonado a reservas disponibles será el importe por el que fue abonada la reserva indisponible en la adquisición, es decir, el precio de adquisición. Por el contrario, si el precio de enajenación es inferior al precio por el que se adquirieron previamente las acciones o participaciones propias, la reserva indisponible quedará parcialmente liberada por el importe de enajenación.

El movimiento contable será un cargo en la reserva indisponible con abono a reservas voluntarias por el importe que corresponda en cada caso, tal como se ha indicado en el párrafo anterior:

(11X) Reservas indisponibles	
	a (113) Reserva voluntaria

La SLab debe mantener un registro extracontable que permita el asiento por el importe correspondiente.

IV. CONCLUSIONES

La Reserva Especial de las SLab se regula por primera vez en la LSAL de 1986, estableciéndose como una reserva, que además de fortalecer la solvencia de la empresa, tiene el de carácter irrepartible. Este hecho junto con lo establecido en el artículo 9º de la LSAL permitía minorar el valor de adquisición o de reembolso de las acciones facilitando tanto el ingreso como la salida del socio.

Con la LSL de 1997 desaparece el apelativo de irrepartible, quedando en una reserva destinada a dotar de más solvencia a la SLab. Además, la LSL precisa la prelación entre las reservas a la hora de compensar pérdidas, indicando que solo podrá destinarse a la compensación de pérdidas cuando no existan otras reservas disponibles para este fin. Con la LSL la Reserva Especial deja de ser un instrumento que facilite el acceso de los trabajadores a la propiedad de la empresa (así como su salida). Al mismo tiempo sigue teniendo una dotación obligatoria sin límites y su dotación debe elevarse como mínimo al 25 por 100 de los beneficios líquidos para tener derecho a los beneficios fiscales.

Estos últimos aspectos han sido criticados por la doctrina, reclamando, junto con el sector, modificaciones en su regulación. Por un lado, el establecimiento de un límite en su dotación obligatoria sobre la cifra del capital social y por otro que entre sus destinos se encuentre el de facilitar el acceso de los trabajadores a la condición de socios.

Finalmente, la LSLP establece el límite de dotación de la Reserva Especial en el doble del capital social, y como novedad más relevante la ampliación de su destino a la adquisición de sus propias acciones o participaciones sociales, que deben ser enajenadas a favor de los trabajadores con contrato por tiempo indefinido en el plazo de 3 años salvo que en su conjunto no excedan del veinte por ciento del capital social.

Éste, junto a otros mecanismos, como el de la asistencia financiera para la adquisición de sus propias acciones o participaciones por los trabajadores con contrato indefinido que no sean socios, deben dar sus frutos facilitando la entrada y salida de los trabajadores fijos a la propiedad de la empresa, impulsando este tipo societario.

No obstante, la introducción de este nuevo destino de la Reserva Especial, la adquisición de sus propias acciones o participaciones sociales, no está exento de problemática, puesto que plantea cuestiones contables y de encaje mercantil-contable que han sido abordadas en la sección anterior tanto en el caso de que las acciones o participaciones estén clasificadas

como patrimonio neto como en el caso de que estén clasificadas como pasivo financiero.

Bibliografía

- CONFESAL (2008). *Sociedades Laborales. Propuestas Fiscales para la creación de empleo*. Disponible en Internet: http://www.ecsocial.com/web/subdominios/15841/documentos/propuesta_confesal.pdf.
- CONFESAL (2009). *Proposición de Ley de Sociedades Laborales*. Disponible en Internet: <http://www.observatorioeconomiasocial.es/media/archivos/Confesal_Proposicion_de_Ley_de_Sociedades_Laborales.pdf>.
- FAJARDO GARCÍA, G. (2008). «Aspectos societarios de la reforma de la Ley de sociedades laborales». CIRIEC-España: *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 19, 1-18.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2011). «El nuevo “test de balance” bajo las normas contables internacionales: ajustes valorativos e intangibilidad del capital social». *Revista de Derecho Mercantil*, 279, 37-98.
- GARCÍA RUIZ, E. (2017). «El régimen societario de las sociedades laborales en la nueva Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas». *RE-VEESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, 123, 64-93.
- JORDÁ GARCÍA, R. (2017). «Negocios con las propias acciones y participaciones sociales en las sociedades laborales». En G. FAJARDO GARCÍA (Eds.) *La participación de los trabajadores en la empresa. Sociedades laborales y sociedades participadas* (pp. 755-782). Valencia. Tirant lo Blanch.
- LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, G. (1991). *La Sociedad Anónima Laboral como forma de empresa. Aspectos financieros*. Madrid: Edita Agrupación de Sociedades Laborales de Madrid.
- MARTÍN LÓPEZ, S. (2010). «La necesidad de reactivación del crecimiento de las sociedades laborales y la reforma de su legislación: un análisis económico-financiero de sus principales implicaciones». *REVEESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, 102, 109-144.
- MONTOLIO HERNÁNDEZ, J. M. (Coordinador) (1986). *Sociedades Anónimas Laborales. Análisis Jurídico-Económico de la Ley*. Madrid: Edita Fundación para el desarrollo del cooperativismo y la Economía Social.
- SALA RÍOS, M., FARRÉ PERDIGUER, M., TORRES SOLÉ, T. (2014). «Un análisis del comportamiento cíclico de las cooperativas y las sociedades laborales españolas y su relación con la actividad económica». *REVEESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, 115, 7-29.
- SERRA MALLOL, A. J. (1987). *Las Sociedades Anónimas Laborales: examen práctico de su regulación*. Madrid: Editorial Tecnos.

La separación del socio

JULIO COSTAS COMESAÑA

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidade de Vigo

SUMARIO: I. ANTECEDENTES LEGALES DEL ARTÍCULO 16 LSLP. II. REFERENCIA A LA FINALIDAD DEL DERECHO DE SEPARACIÓN EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL. III. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE SEPARACIÓN EN LA LSLP. 1. Ausencia de cláusula general. 2. La pérdida de la condición de laboral como causa legal de separación específica de las sociedades laborales. 3. La exclusión de los socios trabajadores de la causa legal de separación por falta de reparto de dividendos. 4. Causas legales de separación comunes a todas las sociedades de capital. IV. CAUSAS ESTATUTARIAS DE SEPARACIÓN. V. EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN. Bibliografía.

I. ANTECEDENTES LEGALES DEL ARTÍCULO 16 LSLP

La separación y exclusión del socio son instituciones del derecho general de sociedades, reguladoras de la salida del socio cuando concurren las circunstancias que la habilitan, legalmente relacionadas con situaciones de conflicto duraderas y de cierta entidad o gravedad, que de constituir causas de separación impiden que los demás socios —en las sociedades de personas— o la mayoría —en las sociedades de capital— pueda exigir la permanencia del socio que voluntariamente desea salir de la sociedad, y de constituir una causa de exclusión origina que no sea exigible a los demás socios consentir la continuidad del socio incumplidor de sus obligaciones básicas en la organización social. Esta común funcionalidad como vía de salida, alternativa o distinta a la transmisión de la participación del socio en el capital social, justifica que el legislador regule formalmente separación y exclusión en el mismo precepto, pese a las diferencias que también existen entre ambos mecanismos. En todo caso, por razones de organización interna de esta obra colectiva, en este capítulo se analiza exclusivamente la regulación del derecho de separación en las sociedades laborales, en tanto que la regulación societaria que es común a separación y exclusión es objeto de análisis en el capítulo relativo a la exclusión.

Con cierta imprecisión, el legislador de la LSLP afirma en la E. de M. que el art. 16 establece «los supuestos de separación y exclusión de socios

no regulados hasta la fecha». La afirmación no es del todo precisa, en primer lugar, porque si bien es cierto que la LSL y la anterior LSAL nada disponían sobre las causas o los motivos de separación, el socio podía salir voluntariamente de la SLab en los supuestos de separación regulados por la normativa vigente para la SA y la SRL —según el tipo social adoptado por aquella—, de aplicación supletoria tanto bajo la vigencia de la LSAL como de la LSL¹. En segundo lugar, al afirmar el legislador que el art. 16 LSLP regula «los supuestos de separación» se podría entender que el precepto establece una regulación omnicomprendensiva del derecho a separarse en la SLab, pero lo cierto es que el legislador se ha limitado a regular aquellas causas legales de separación que ha considerado específicas, en atención a las peculiaridades o rasgos tipológicos propios de la SLab respecto de la SA o de la SL de «régimen general». Por último, la propia LSLP en el art. 8 obliga a la SLab a incorporar o reconocer en sus estatutos un derecho de separación *ad nutum* como condición de validez de la cláusula estatutaria que prohíba la transmisión voluntaria «inter vivos» de las acciones o las participaciones sociales².

No aclara el legislador de la LSLP por qué ha considerado necesario regular el derecho de separación y con el contenido del art. 16, cuyo texto ya aparece en el Anteproyecto de Ley remitido por el Gobierno al CES³, y que no sufrió ninguna modificación en su tramitación parlamentaria como Proyecto de Ley⁴. Rastreando en los antecedentes remotos de la LSLP, se puede considerar que la conveniencia de regular el derecho de separación en la SLab nace cuando se plantea añadir, a la lista de causas legales de descalificación de la sociedad como laboral, la voluntad de los socios expresada mediante acuerdo de la junta general, de forma que se estima

¹ Vid., art. 2 LSAL y Disposición final primera de la LSLP. Como señala Paniagua Zurera (2015), p. 10, esta remisión legislativa genera una «acusada volatilidad y conflictividad normativa ajena, en numerosas ocasiones, a las necesidades del tipo social laboral».

² Vid., art. 8 LSLP, que reproduce —y amplía para la SLab con forma de SA— el texto que tenía el art. 9 LSL, a su vez tomado del derogado art. 30.3 LSRL, hoy inserto en el vigente art. 108.3 LSC solo de aplicación a la SL. Para un comentario crítico, vid. Escuin Ibáñez (2017), p. 103 s.

³ CES (2015), *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Sociedades Laborales y Participadas*, p. 7. Disponible en <http://www.ces.es/documents/10180/2394234/Dic062015.pdf>.

⁴ BOCG. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, 22 de mayo de 2015, Núm. 156-1, p. 1 ss. No se presentaron enmiendas al art. 16 ni en el Congreso ni en el Senado.

necesario reconocer al socio trabajador disconforme con tal acuerdo de la mayoría el derecho de separación de la sociedad que deja de ser laboral⁵. Esta causa legal de pérdida de la calificación laboral se mantiene en el art. 15.4 LSLP, pero el reconocimiento del paralelo derecho de separación se ha ampliado a todos los socios y se ha optado por regularlo en un precepto diferente junto con las causas de exclusión. En definitiva, quizá quepa afirmar que la causa de la regulación del derecho de separación del socio en la LSLP está relacionada con el objetivo que se proclama en la E. de M. de reforzar la naturaleza, función y caracterización de la SLab como entidad de la economía social, poniendo en valor sus especificidades. Por tanto, responde al deseo de destacar las especificidades de la SLab regulando las causas de separación y exclusión que se derivan de sus rasgos «tipológicos» frente a la SA o a la SL ordinarias.

II. REFERENCIA A LA FINALIDAD DEL DERECHO DE SEPARACIÓN EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

En esta materia confluyen dos intereses con frecuencia opuestos. Por un lado, el interés del socio en recuperar su aportación al capital social en el momento en que no desea permanecer vinculado a la sociedad y, por otro lado, el interés del resto de los socios o de la mayoría en la permanencia y estabilidad económico-financiera de la sociedad⁶. Por ello, la regulación

⁵ En efecto, la Proposición de Ley de sociedades laborales realizada por CONFESAL, publicada el 3 de marzo de 2009, en su art. 5.4 disponía: «*La sociedad también perderá la calificación de laboral por acuerdo de la Junta General adoptado con los requisitos y las mayorías establecidas para la modificación de los estatutos. Los socios titulares de acciones o participaciones de la clase laboral, que no hubieran votado a favor del acuerdo tendrán derecho a separarse de la sociedad, conforme establece el artículo 95 y siguientes de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*». Este es uno de los pocos cambios que contiene la Propuesta respecto de la anterior, incluida en la *Memoria de la reforma de la Ley de sociedades laborales*, publicada por CONFESAL el 26 de octubre de 2006. Tanto esta Propuesta como la de 2009 están disponibles en: <http://www.efesonline.org/2008/seventh%20european%20meeting/Presentations/Memoria%20-%20Reforma%20de%20la%20Ley%20de%20Sociedades%20Laborales.pdf> y en <http://www.observatorioeconomiasocial.es/>. CONFESAL publicó en febrero de 2013 una posterior Propuesta de Ley de sociedades laborales a cuyo texto no hemos podido tener acceso. No obstante, a decir de la doctrina es una revisión de la Proposición anterior: Carcía Ruiz (2017), nota a pie 5.

⁶ Por todos, vid., Fajardo García (1996), pp. 23-29 y Quijano González (2014), p. 195.

del derecho de separación debe estar orientada a alcanzar un equilibrio razonable entre ambos intereses en conflicto, teniendo en cuenta que ese punto de equilibrio varía, fundamentalmente, en función de la configuración legal o estatutaria de la posición del socio dentro de la sociedad y de si la sociedad se ha constituido por tiempo indefinido o determinado. En este punto la doctrina se encuentra dividida en torno al fundamento del derecho de separación en las sociedades de capital⁷. Mientras para un sector, el derecho a separarse es un instrumento de protección de los intereses del socio minoritario disidente frente a las decisiones de la mayoría que alteran sustancialmente el *estatus quo* del socio⁸, otros autores consideran que el derecho de separación es una manifestación, en el ámbito del derecho de sociedades, del principio de la denunciabilidad de las relaciones obligatorias duraderas o de proscripción de las vinculaciones perpetuas⁹ cuando, por el carácter cerrado de la sociedad de capital y/o el carácter minoritario de la posición de socio, *de iure* o *de facto*, la desinversión de su aportación al capital social no es factible a través del cauce legal ordinario de transmisión voluntaria *inter vivos* a otra persona. En definitiva, en el estadio actual de evolución del derecho de sociedades, el derecho de separación es una herramienta jurídica que facilita la inversión —en especial, en participaciones minoritarias en sociedades cerradas—, en la medi-

⁷ Por el contrario, la doctrina es unánime al afirmar que la *ratio legis* del derecho de separación *a voluntate* en las sociedades de personas constituidas por tiempo indefinido radica en ser un instrumento alternativo y más eficiente que la disolución de la sociedad por la voluntad unilateral del socio (art. 225 C de c.). Por todos, con ulteriores referencias doctrinales, vid., Campinns & Alfaro (2014), pp. 1-3 de la versión digital; Emparanza (2011), p. 2471 y s.; Martínez Jiménez (2009), p. 1069; Paz-Ares (2006), pp. 698-700.

⁸ Por tanto, no cabría admitir que, a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad (art. 28 LSC), los socios configuren un derecho a separarse libremente o por una causa que no afecte a su posición en la sociedad, pues una tal regulación del derecho de separación se opondría al principio mayoritario como principio configurador de las sociedades de capital y, además, facilitaría la descapitalización e inestabilidad financiera de la sociedad en perjuicio de los acreedores. Vid., por todos: Sequeira (2011), pp. 817-820.

⁹ Por ello la doctrina afirma que el derecho de separación es una institución societaria de base contractual que permite compatibilizar dos necesidades, que son la conservación de la empresa —lo que es de interés general— y preservar la libertad individual del socio como manifestación de la dignidad personal. Vid., Paz Ares (2006), pp. 692-695, 698-700, 724; Uría, Menéndez & Iglesias Prada (2006), pp. 1260-1; Fernández de Córdoba Claros (2013), p. 2; Campins y Alfaro (2014), pp. 1-9.

da en que en ausencia de un mercado líquido el socio minoritario tiene garantizado que no quedará preso de su aportación al capital¹⁰. Por ello, un sector minoritario de la doctrina afirma que no existe impedimento para reconocer un derecho de separación por justos motivos fuera de los supuestos legalmente previstos, siempre que el socio no tenga la posibilidad de enajenar sus acciones o participaciones en el mercado; en definitiva, se sostiene la existencia de una cláusula general implícita de separación por justa causa en las sociedades de capital cerradas como la SLab¹¹.

III. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE SEPARACIÓN EN LA LSLP

1. Ausencia de cláusula general

La LSLP no regula un derecho de separación o de baja voluntaria del socio en cualquier momento, bien por su simple voluntad o bien por la concurrencia de justa causa¹², como sí lo prevé para los socios profesionales la LSP (art. 13), y para cualquier socio de la Agrupación de Interés Económico la LAIE (art. 15)¹³.

¹⁰ En la doctrina, entre otros, vid. Gallego Sánchez (2013), p. 302; Gimeno Beviá (2014), p. 5. También este sentido, vid. la RDGRN de 2/11/2010 (RJ\2011\415), la STS de 14/03/2013 (Roj: STS 1050/2013 - ECLI: ES:TS:2013:1050), y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil: epígrafe 9) de la E de M y arts. 271-1 y 2 —en los que se diseña una doble cláusula general en función de la duración indefinida o limitada de la sociedad—, art. 271-3 en el que se establecen causas de separación comunes a todas las sociedades mercantiles, y arts. 271-4 a 7 en los que se contemplan causas de separación específicas de cada tipo social.

¹¹ Por todos, Costas Comesaña (1999), p. 153 s.; Campins & Alfaro (2014), notas al pie 22 y 28.

¹² La doctrina distingue dos grupos de situaciones que constituyen justos motivos de separación. Por un lado, la adopción por la mayoría de decisiones que por implicar una modificación sustancial del contrato social resultan inexigibles al socio que no vota a favor (que son las que constituyen causas legales de separación en las sociedades de capital, como veremos *infra* en el epígrafe 3.3), y por otro lado la existencia de una situación de conflicto permanente y duradera entre mayoría y minoría derivada de un comportamiento abusivo por parte de la mayoría social. Vid. Campings & Alfaro (2014), p. 7.

¹³ Con todo, se debe subrayar que el socio de la AIE y el socio profesional de la sociedad profesional precisa del consentimiento del resto de los socios —o de los socios profesionales— para transmitir su condición de socio; vid., por todos, Gómez Calero (2001), pp. 261-264.

Tampoco la LSC prevé ninguna de estas dos cláusulas generales de separación, pero la omisión de un derecho legal de separación por la simple voluntad del socio en las sociedades de capital no vulnera la prohibición de las vinculaciones perpetuas, porque en el régimen legal diseñado por el legislador el socio, por causa de su vínculo societario, no asume más obligación que la de realizar la aportación al capital comprometida. Por tanto, aún en el caso de no existir mercado para su participación en el capital social, dado que no ha asumido ninguna obligación personal perenne frente a la sociedad, la permanencia del vínculo societario contra su voluntad no puede constituir una «hipoteca insoportable» de la libertad del socio», ya que la pérdida patrimonial que puede sufrir no va más allá de su inversión en el capital social debido a su responsabilidad limitada por las deudas sociales¹⁴.

Ahora bien, la SLab se configura imperativamente como una sociedad de capital de carácter cerrado (art. 6 LSLP), en la que la mayoría del capital tiene que ser de titularidad de trabajadores que presten servicios retribuidos de forma personal y directa en la sociedad, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido (arts. 5.2 y 9 LSLP). Es cierto que la prestación por el socio de su trabajo personal en la sociedad no deriva del vínculo social —no tiene la naturaleza de prestación accesoria al capital— sino de una relación laboral por cuenta ajena¹⁵, por lo que la SLab no puede ser calificada como personalista y mutualista¹⁶. No obstante, una eventual situación conflictiva en la relación laboral puede derivar en que el vínculo

¹⁴ Paz-Ares (2006), p. 801. Una pérdida que solo podrá ser relevante —opresiva— si representa una parte muy significativa de su patrimonio. En definitiva, se afirma que en las sociedades de capital de régimen legal la vinculación societaria no se puede calificar de opresiva, salvo en dos grupos de casos marginales. Vid., Campins & Alfaro (2014), pp. 4-7, 17 y 34. Este segundo autor defiende que, aunque ni ley ni los estatutos lo establezcan, los socios de una sociedad de capital podrán separarse cuando concurren justos motivos de separación, pues existiría una cláusula legal implícita o no escrita de separación por justa causa fundamentada en la prohibición de las vinculaciones perpetuas o excesivamente onerosas: vid., Alfaro (2011) y (2013).

¹⁵ En todo caso, es una relación laboral *sui generis* por cuanto es dudoso que concurren las notas de ajenidad y dependencia que demanda el art. 1 ET, al estar la SLab controlada por este tipo de socios trabajadores: en este sentido: Pagador López (2005), p. 45.

¹⁶ Como señala, entre otros, Paniagua (2015), p. 27, las sociedades laborales no son sociedades personalistas y mutualistas porque la posición jurídica del socio está determinada por su aportación al capital. Por el contrario autores como Cano López (2008), consideran que la SLab es una sociedad personalista por cuanto

societario resulte opresivo o insoportable para el socio trabajador, sin que la LSLP establezca a favor de esta clase de socios, bien un derecho de separación *ad causam* —es decir, cuando concurra una situación de conflicto permanente y duradero que haga que la permanencia del socio devenga inexigible por la mayoría— en las sociedades laborales constituidas por tiempo determinado, o bien un derecho de salida *ad nutum* en las sociedades laborales constituidas por tiempo indefinido, lo que podría vulnerar ese principio de orden público que proscribe las vinculaciones perpetuas. Con todo, el legislador parece ofrecer a esta clase de socios un mecanismo resolutorio de la eventual situación opresiva: la extinción de la relación laboral. En efecto, en el momento en que el socio trabajador cesa en su relación de trabajo indefinida con la SLab, por cualquiera de las causas previstas en la legislación laboral, viene obligado a transmitir sus acciones o participaciones de la clase laboral a quien haya mostrado su voluntad de adquirirlas (art. 6 LSLP), pero en defecto de adquirente el ex trabajador conservará la condición de socio pasando automáticamente sus acciones o participaciones sociales a ser de la clase general (art. 9.1 LSLP)¹⁷. Por tanto, a diferencia del derecho de separación (art. 358 LSC), la extinción de la relación laboral del socio trabajador no genera, necesariamente, la extinción de la relación societaria, quizá porque el legislador no considera que un conflicto en la relación laboral pueda ser apto para modificar el *estatus quo* societario del socio inversor.

2. La pérdida de la condición de laboral como causa legal de separación específica de las sociedades laborales

Dispone el art. 4.3 LSLP: «La obtención de la calificación como laboral por una sociedad anónima o de responsabilidad limitada no se considerará transformación social ni estará sometida a las normas aplicables a la transformación de sociedades». Esta norma expresa que la calificación como laboral no es un atributo contingente para la sociedad, y al tiempo revela que las sociedades laborales carecen de autonomía tipológica en relación con las sociedades anónimas y limitadas básicas o de régimen general¹⁸. Por esta razón no se puede calificar de transformación societaria en el sentido del art. 3 LME

que las cualidades personales de los socios son esenciales para la constitución y funcionamiento de la sociedad.

¹⁷ Vid., Neila Neila (1998), pp. 218-223.

¹⁸ En este sentido se pronuncia la mayoría de la doctrina; entre otros: Pagador López (2005), p. 26; Farrando Miguel (2009), pp. 310-313; Gómez Porrúa (2011),

el acuerdo de la junta general de una sociedad de capital solicitando a la Administración competente la calificación de laboral (art. 2.2 LSLP), y el socio que no hubiera votado a favor del mismo no tiene el derecho legal de separación del art. 15 LME¹⁹. Y por esta misma razón, el socio que no vota a favor del acuerdo de renuncia o pérdida de la calificación laboral de la sociedad (art. 15.4 LSLP) tampoco tendrá ese derecho de separación²⁰.

Quizá por ello, con el objeto de equiparar el acuerdo de renuncia a la calificación de laboral —que produce importantes efectos patrimoniales para la sociedad (arts. 15.5 y 17 LSLP) y para la posición jurídica de los socios— con un acuerdo de transformación, y porque la pérdida de tal calificación administrativa por la voluntad de los socios expresada mediante un acuerdo de la junta general de la sociedad es una de las novedades formales de la LSLP respecto de la regulación previa²¹, el art. 16.1 dispone: *«La pérdida de la calificación de la sociedad como laboral podrá ser causa legal de separación por parte del socio. Si la descalificación fuera consecuencia de un acuerdo adoptado en Junta General, el derecho de separación corresponderá a los socios que no votaron a favor del acuerdo»*.

El precepto no es de fácil interpretación²². La utilización de la expresión «podrá ser» en relación con la descalificación parecería indicar que la eficacia de esta causa de separación queda condicionada a su inserción en los estatutos, en el sentido de que corresponde a los socios de la SLab

p. 18. En sentido opuesto, vid. Salabert Parramón (1987), pp. 249-251; Paniagua Zurera (2015-2), pp. 738 s.; Barreiro Rodríguez (2015), p. 2.

¹⁹ Para un comentario a este precepto legal, vid.: Martínez Sanz & Puetz (2015), pp. 309-356. Para un comentario a la transformación de las sociedades laborales, vid. Gómez Porrúa (2011), pp. 37-72.

²⁰ Más ampliamente sobre la naturaleza del acuerdo de solicitud de la calificación de SLab: Pagador López (2005), pp. 148-152.

²¹ Con todo, bajo la legislación anterior, la doctrina admitía la validez de estos acuerdos de renuncia a la calificación laboral de la sociedad. Por todos, vid. Valpuesta Gastaminza & Barberena Belzunce (1998), pp. 202-203; Sáenz García de Albizu, Goñi Sein, de la Hucha Celador & Perdices Huetos (2000), pp. 287-288; y Pagador López (2005), pp. 154 y 169. Opinión que vino a confirmar el art. 8.3 del RD 2114/1998, de 2 de octubre, sobre el Registro Administrativo de Sociedades Laborales. Respecto de la posibilidad de configurar estatutariamente un derecho de separación en caso de acuerdo de descalificación bajo la anterior LSL, vid.: Valpuesta Gastaminza & Barberena Belzunce (1998), pp. 199-200.

²² Quizá la forma más correcta habría sido formular la norma directamente como un derecho individual del socio, como hacen la LSC y la LME. Así, el art. 346.1 LSC dispone. «Los socios... tendrán derecho a separarse...».

—en uso de su libertad de configuración estatutaria de la sociedad— que efectivamente «sea» causa de separación. Pero esta interpretación se debe descartar, pues el legislador califica la pérdida de la calificación de sociedad laboral como «causa legal» de separación²³. Probablemente, al interpretar esta norma hay que tener en cuenta la contenida en el art. 15.6 LSLP, que dispone: «Los Estatutos sociales podrán establecer como causa de disolución la pérdida de la condición de “Sociedad Laboral”»²⁴. La lectura conjunta de ambas normas es necesaria porque si los socios deciden configurar la descalificación como causa estatutaria de disolución, estarán implícitamente acordando la exclusión del derecho de separación del art. 16.1 LSLP, tanto porque separación y disolución son instrumentos incompatibles entre sí, como por el carácter notoriamente dispositivo de este derecho de separación en contraste con el aparente carácter imperativo de la norma del art. 16.2 LSLP. En definitiva, los arts. 15.6 y 16.1 LSLP están poniendo en valor la naturaleza, función y características de la SLab como entidad de la economía social²⁵, de tal forma que bien por la vía de la disolución de la sociedad o bien de la ruptura del contrato social por voluntad de uno o varios socios minoritarios, la descalificación se configura como un hecho que altera sustancialmente el *estatus quo* societario para las dos clases de socios que pueden existir en una SLab (art. 5.2 LSLP).

En efecto, el art. 16.1 LSLP reconoce el derecho a separarse a los socios trabajadores y a los socios inversores o capitalistas²⁶. Esta amplia legitima-

²³ En estos casos el legislador suele emplear la siguiente fórmula: «los estatutos podrán establecer como causa de separación la descalificación de la sociedad». Vid, p. ej., en relación con la disolución, el art. 15.4 LSLP, o el art. 271-2.3 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil para reconocer la validez de las cláusulas estatutarias de separación *ad nutum* en las sociedades anónimas de duración indefinida.

²⁴ Una norma que, con idéntico texto, ya contemplaba el art. 17.2 LSL, mientras que el art. 19 LSAL se limitaba a declarar aplicables las causas de disolución de las sociedades anónimas, añadiendo que la descalificación no afectaba a la continuidad de la personalidad jurídica de la SA no laboral. En todo caso, se trata de una norma innecesaria pues el art. 363.1 LSC ya permite el establecimiento de «cualquier otra causa» de disolución. En este sentido, vid., Sáenz García de Albizu, J. C., Goñi Sein, J. L., de la Hucha Celador, F. & Perdices Huetos, A. (2000), p. 312 y Pagador López (2005), p. 173.

²⁵ Para una teoría sobre la tipología de las entidades que integran la economía social, vid., Alfonso Sánchez (2016), *passim* y Domínguez Cabrera (2016), pp. 185-204. La interpretación que de esta causa legal específica se realiza en el texto es también sostenida por: Alfonso Sánchez (2017), p. 139 s.

²⁶ En la Proposición de Ley de CONFESAL de 2009, el derecho de separación se limitaba a la descalificación voluntaria y solo estaban legitimados los socios trabajadores (art. 15.4).

ción activa parece razonable, pues la descalificación tanto puede alterar la situación financiera de la sociedad como el interés del socio en mantener su inversión en una sociedad que deja de pertenecer a la economía social²⁷. No obstante, qué concreto socio puede ejercitar este derecho de salida varía en función de la causa de descalificación, correspondiendo a todo socio si es consecuencia de alguna de las circunstancias que se consideran causa forzosa de descalificación por el art. 15 LSLP, y solo al socio que no haya votado a favor cuando la pérdida de la calificación como laboral está causada por un acuerdo de la junta general²⁸. En relación con la adopción de este acuerdo, la LSLP no establece qué mayoría será necesaria. Atendiendo a que técnicamente no es un acuerdo de modificación de estatutos²⁹, es razonable calificar este acuerdo de ordinario, al igual que el acuerdo por el que se solicite la calificación laboral sobrevenida, por lo que será suficiente para su válida adopción la mayoría y quorum ordinarios según el tipo de sociedad de capital que sea (arts. 198 y 201.1 LSC)³⁰.

²⁷ No obstante, esta generosidad puede derivar en la inviabilidad de la sociedad si son muchos y/o relevantes los socios que ejercitan el derecho de separación. En tal caso, una forma de dejar sin efecto la separación y sus efectos patrimoniales será adoptar en plazo un acuerdo de disolución. Vid., en este sentido, el art. 271-9.3 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

²⁸ En este sentido, vid. Alfonso Sánchez (2017), pp. 139 s. y 154-157. Por tanto, no sólo podrá separarse el socio que votó en contra, también el socio que no asistió y el que asistiendo a la junta general se abstuvo de votar, se le privó del derecho de voto —bien de forma ilegítima o bien por ser socio moroso—, votó en blanco o su voto fue considerado nulo. Sigue así el art. 16.1 LSLP la regla de la legitimación amplia del art. 346 LSC frente al art. 99 LME que limita el derecho a los socios que hubiesen votado en contra.

²⁹ Bien es cierto que, aunque sólo sea porque será necesario modificar la denominación social (art. 3.1 LSLP), el acuerdo de solicitud de la calificación o de descalificación exige la adopción de un posterior acuerdo de modificación de los estatutos y, de concurrir alguno de los supuestos del art. 364 LSC, el socio que no hubiese votado a favor de la modificación estatutaria tendrá derecho de separación. Vid. Pagador López (2005), p. 152.

³⁰ En este sentido, p. ej., vid. Pagador López (2005), pp. 149-152 y 169; Farrando Miguel (2009), pp. 315-316. No obstante. Se decantan por exigir la mayoría necesaria para la modificación estatutaria precisa, entre otros: Neila Neila (1998), p. 27; Valpuesta Gastaminza & Barberena Belzunce (1998), pp. 58-59; y Andreu Martí (2017), p. 77 s. y 80. La RDGN de 2/06/2003 (RJ\20003\4220) ateniendo a los efectos que produce, asimila el acuerdo de solicitud de pérdida de la calificación de laboral a un acuerdo de modificación de los estatutos, y exige que la descalificación debe figurar expresamente, con claridad y de forma separada, entre los asuntos del orden del día de la Junta General.

3. La exclusión de los socios trabajadores de la causa legal de separación por falta de reparto de dividendos

Dispone el art. 16.2 LSLP que el derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos previsto en el art. 348 bis LSC «no será de aplicación a los socios trabajadores» de la SLab³¹. Por tanto, los socios titulares de acciones o participaciones de la clase general sí tendrán derecho a separarse en el supuesto de hecho del art. 348 bis LSC.

En la decisión de la junta general relativa a la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado (art. 273.1 LSC) concurren, por un lado, los intereses individuales del socio (i) en que la actividad social se dirija a la obtención de un beneficio (arts. 116 C de c. y 1665 CC), y (ii) a participar en el reparto de las ganancias sociales (art. 93.a) LSC), y del otro lado el interés de la sociedad como organización empresarial en la retención de todo o parte del beneficio repartible con el objeto de destinarlo a otros fines de interés social (p. ej., dotación o incremento de reservas legales o voluntarias) distintos al reparto en concepto de dividendo entre los socios (art. 273.2 LSC). Atendiendo a estos intereses en tensión, la LSC reconoce a la mayoría de la junta general la libertad de, en cada ejercicio, acordar o no el reparto anual de dividendos entre los socios, y a estos les reconoce una expectativa al dividendo, que funciona como límite abstracto al poder que esta soberanía de la junta general concede a la mayoría de ahogar a la minoría mediante el atesoramiento injustificado

³¹ El art. 348 bis LSC —incorporado por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, pero con vigencia suspendida hasta el 31 de diciembre de 2016, dice literalmente: «1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.

2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas».

La Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002 (art. 150) y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014 (art. 271-6) reconocen un derecho de separación por falta de distribución de dividendos con perfiles diferentes. Para una referencia a otros antecedentes, vid. Brenes Cortés (2012).

de los beneficios³², pues el derecho subjetivo al dividendo sólo nace con el acuerdo de la junta general de distribución de dividendos (art. 276 LSC).

La práctica societaria acredita que no es infrecuente —en particular, en las sociedades cerradas— este comportamiento expropiatorio del derecho al dividendo de la minoría³³, que se ha venido controlando mediante el instituto de la prohibición del abuso del derecho (art. 7.2 CC), que presupone admitir que todo acuerdo de atesoramiento de la mayoría se presume lícito salvo que la minoría impugnante acredite su carácter abusivo, cuando quizá —en base a la causa lucrativa típica del contrato de sociedad— se debería considerar el reparto del dividendo la regla y el atesoramiento la excepción³⁴. En todo caso y al margen de otras causas examinas por la doctrina, lo cierto es que esta doctrina jurisprudencial del abuso de la mayoría, aun pudiendo ser una herramienta adecuada para tutelar el derecho al dividendo frente a comportamientos abusivos ocasionales o aislados, es del todo eficaz cuando se está ante un abuso persistente y sistemático, fruto de una situación de conflicto abierta y enquistada entre mayoría y minoría³⁵, siendo en este contexto de insatisfacción que el legislador finalmente decidió en 2014 proteger los intereses financieros de los socios minoritarios de las sociedades de capital no cotizadas —aquellas en las que el socio puede no disponer de un instrumento de desinversión efectivo—, atribuyéndole al socio disidente el derecho a separarse cuando se produzca el supuesto de hecho del art. 348 bis LSC³⁶.

³² La libertad de decisión de la junta general también se podría limitar estatutariamente estableciendo una cláusula que, de una u otra forma, garantice al socio el derecho al reparto anual del dividendo.

³³ Acuerdos de atesoramiento injustificados que no perjudican a la mayoría porque, con frecuencia, ésta usa su capacidad de control de la sociedad para retribuir sus intereses financieros a través de otros medios, calificados por la doctrina como distribución encubierta de dividendos: Bago Oria (2010), *passim*.

³⁴ Sobre la trascendencia de partir de un principio o de otro, vid., Alfaro & Campins (2011), pp. 24-26. En sentido opuesto: Zarzalejos Toledano (2015), pp. 6 s.

³⁵ Para un análisis de las causas de esta insuficiencia de la doctrina del abuso de la mayoría, vid., Alfaro & Campins (2011), pp. 19-26; Brenes Cortés (2011), *passim*; Campins & Alfaro (2014), pp. 9.

³⁶ Una de las mayores críticas que se hace a esta norma es que tal como está formulado el supuesto de hecho no presupone necesariamente la existencia de una situación opresiva de la minoría por la mayoría. Por todos; vid., Campins & Alfaro (2014), pp. 14 s. Sobre la teoría anglosajona de la opresión, vid., Vázquez Lepinette (2012), pp. 175-179.

La doctrina se encuentra dividida entre quienes consideran acertado conceder un derecho de separación en estas situaciones pero critican el art. 348 bis LSC por la defectuosa técnica utilizada, por su rigidez y la amplitud con la que se reconoce el derecho a separarse, y por otro lado los autores que consideran que el derecho de la minoría al reparto del beneficio frente a este tipo de abusos de la mayoría se debiera seguir tutelando mediante la prohibición del abuso de derecho. Unos y otros consideran que este precepto puede dar lugar a una amplia conflictividad jurisprudencial, pudiendo «acabar transformando el abuso de la mayoría en abuso de la minoría en lo que a política de dividendos se refiere». En definitiva, podemos concluir que no parece que el legislador haya alcanzado un adecuado equilibrio entre los intereses en tensión en esta materia³⁷.

Sea cual sea la opinión que merezca el art. 348 bis LSC, es indudable que refuerza el derecho individual del socio a percibir periódicamente un dividendo mínimo, y que declarándolo no aplicable a los socios trabajadores o socios titulares de acciones o participaciones laborales³⁸, el art. 16.2 LSLP vuelve a situar la protección del interés privado de estos socios a participar en las ganancias sociales en el ámbito de la doctrina del abuso de la mayoría, ya que el socio capitalista o general (art. 6.2 LSLP) conserva el derecho legal a separarse de la SLab cuando concurra el supuesto de

³⁷ La vigencia de esta norma fue suspendida a los nueve meses de entrar en vigor y se mantuvo suspendida hasta el 31 de diciembre de 2016. Para una referencia a la posición de la doctrina, entre otros, vid., Marina García-Tuñón (2017), *passim*; Silva Sánchez & Sambeat Sastre (2012), *passim*; Brenes Cortés (2012), *passim*; Campins & Alfaro (2014), pp. 12 ss.; Zarzalejos Toledano (2015), *passim*. Valpuesta Gastaminza (2013), p. 944, considera que imponer por Ley el reparto del beneficio a partir del quinto año de actividad es contrario a la Libertad de empresa. El art. 271-6 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil también prevé un derecho de separación por vaciamiento del derecho al dividendo, pero con una regulación menos amplia y con mejor técnica. La Proposición de Ley para modificar artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, va en esta línea, afirmando el carácter dispositivo de esta causa de separación (BOCG. Congreso de los Diputados, nº 184-I, de 1/12/2017).

³⁸ Pese a que la finalidad del precepto no es reconocer un derecho subjetivo a un dividendo mínimo sino atribuir al socio minoritario un instrumento de defensa frente al abuso de la mayoría. Por otra parte, cuando la LSLP utiliza la noción de socios trabajadores se refiere a los socios titulares de acciones o participaciones de la clase laboral; es decir, aquellos que además están vinculados con la sociedad por un contrato de trabajo por tiempo indefinido: arts. 1.2, 6.1 y 2, y 9.2 LSLP.

hecho del art. 348 bis LSC³⁹. Una de las críticas a este precepto legal es el riesgo de descapitalización que, no obstante, es considerablemente menor en las sociedades laborales por cuanto imperativamente además de la reserva legal común a toda sociedad de capital (art. 274 LSC) debe existir una «reserva especial» con la misma función de fortalecimiento económico de la sociedad (art. 14 LSLP). Es evidente que la existencia de ambas reservas legales refuerza significativamente la solvencia patrimonial de la SLab (reduciendo a la par el riesgo que se deriva del ejercicio del derecho de separación en cualquiera de los supuestos que legal o estatutariamente proceda), pero lo hace a costa de reducir la rentabilidad de la inversión en el capital, especialmente para el socio general que sólo puede rentabilizarla si se distribuyen beneficios en concepto de dividendo⁴⁰.

Por tanto, el fundamento legal de la supresión del derecho de separación del socio trabajador en el supuesto de hecho del art. 348 bis LSC radicaría en que la inversión del trabajador en el capital social no es la razón que justifica su pertenencia a la SLab sino la obtención de un puesto de trabajo (autoempleo), de ahí que el legislador considerando que el acuerdo de la junta general —controlada por los socios trabajadores—⁴¹ de no reparto de dividendos no constituye un supuesto de alteración sustancial

³⁹ Socios de la clase general que pueden ser al tiempo trabajadores de la SLab pero con un contrato de trabajo por tiempo determinado.

⁴⁰ Ambos preceptos legales obligan a destinar el 10% del beneficio líquido de cada ejercicio a estas reservas legales, pero mientras el art. 274 LSC excluye tal obligación cuando sus fondos alcancen el 20% de la cifra del capital social, el art. 14 LSLP eleva ese umbral al doble del capital social de la SLab. Vid., Valpuesta Gastaminza & Barberena Belzunce (1998), p. 187-189; Sáenz García de Albizu, J. C., Goñi Sein, J. L., de la Hucha Celador, F. & Perdices Huetos, A. (2000), pp. 258-264; Pagador López (2005), pp. 80-95; Paniagua Zurera (2015), p. 12; y García Ruiz (2017), p. 74.

⁴¹ No obstante, se podría producir el supuesto de una SLab limitada donde la mayoría de votos estuviese en manos de socios de la clase general, si en virtud de los arts. 96 y 188.1 LSC y el art. 5.1 LSLP se considera lícito el voto plural, lo que cabría afirmar porque este último de la LSLP literalmente solo impone la igualdad de derechos económicos entre las acciones o participaciones sociales de la clase que sean, constituyendo el propio art. 16.2 LSLP un ejemplo de desigualdad en derechos entre las distintas clases de acciones. No obstante, en la E. de M. al comentar el contenido del art. 5 LSLP, el legislador se refiere genéricamente a la «igualdad de derechos». Sobre este debate, entre otros, vid., Fajardo García (2008), p. 150; Cano López (2008), p. 164 s.; García Ruiz, E. (2013), p. 10; Paniagua Zurera (2015), p. 13; Andreu Martí (2017), p. 39; Escuin Ibáñez (2017), p. 92.; y Alfonso Sánchez (2017), p. 145.

de las condiciones que motivaron su entrada en la sociedad, tampoco puede causar un conflicto entre ellos que resulte opresivo⁴². Una diferencia de trato entre ambas clases de socios que, además de disminuir el riesgo de descapitalización o de favorecer la autofinanciación, tiene el objetivo de evitar que la salida del socio trabajador minoritario sitúe a la SLab en la causa de descalificación forzosa del art. 15.1.1ª en relación con el art. 1.2.a) LSLP. En definitiva, la norma del art. 16.2 LSLP refuerza la idea de la SLab como un modelo de empresa de la economía social «ocupa» de una forma social de organización empresarial capitalista, que facilita la participación de los trabajadores en la propiedad de la empresa como forma de alcanzar un puesto de trabajo⁴³.

4. Causas legales de separación comunes a todas las sociedades de capital

El art. 16 LSLP no contiene una norma completa, pues el legislador se ha limitado a establecer las causas legales de separación que se derivan o ponen en valor las especificidades de la SLab frente a la SA y a la SL⁴⁴. De forma que, en virtud de la cláusula de derecho supletorio de la Disposición

⁴² La *ratio legis* puede ser menos poética y radicar en el hecho de que percibiendo el socio trabajador de la sociedad un salario el dividendo ya no es un derecho tan esencial como lo es para el socio general. Alfonso Sánchez (2017), p. 143 considera que si esta fuese la razón de la exclusión —y no el hecho de que los socios trabajadores son los socios mayoritarios— sería un error, por cuanto los socios trabajadores de la SLab no tienen —a diferencia de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado— la doble condición de socios y trabajadores. Esta autora, en las pp. 144-146, también critica la previsión normativa tanto por cuanto la posibilidad del voto plural hace factible que los socios trabajadores no sean la mayoría como por el hecho de que presupone que todos los socios trabajadores conforman la mayoría social.

⁴³ Por todos, vid., Pagador López (2005), pp. 27-29. No obstante, en nuestra opinión, la exclusión que realiza el art. 16.2 LSLP es un error porque el art. 348 bis LSC, pese a lo que indicaría una interpretación literal, tipifica un caso de ejercicio abusivo de la facultad de acordar el atesoramiento de los beneficios que no es exigible soportar a la minoría, incluso si son socios trabajadores. Considerando factible esta interpretación jurisprudencial favorable a la voluntad del legislador y coincidente con alguna jurisprudencia: Silván Rodríguez & Pérez Hernando (2012), pp. 6 y 12. Contra: Campins & Alfaro (2014), p. 16.

⁴⁴ Consideramos que esta afirmación no admite duda alguna, pero es cierto que el legislador pudo haber sido más contundente, por ejemplo, señalado que «además de en los supuestos previstos en la legislación mercantil para la forma societaria de que se trate, el socio...». En este sentido, vid., art. 13.2 LSP.

final tercera de la LSLP, el socio de la SLab también podrá salirse de la sociedad cuando la mayoría adopte sin su voto alguno de los acuerdos sociales que, como causas legales de separación, establece la LSC y la LME para la SA o la SL, según la forma que haya adoptado la SLab, con la única excepción, para los socios trabajadores, del supuesto de separación regulado en el art. 348 bis LSC en los términos *supra* analizados del art. 16.2 LSLP.

La LSC, en el art. 346.1, configura como causas legales de separación de los socios sin derecho de voto y de los que no hubieran votado a favor de alguno de los acuerdos de la Junta General las siguientes: a) de sustitución o modificación sustancial del objeto social; b) de prórroga de la sociedad; c) de reactivación de la sociedad; y c) de creación modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos. Además, como causa legal de separación específica para la SL, el núm. 2 de este precepto de la LSC contempla la adopción por la mayoría del acuerdo de modificación de los estatutos sociales que altere el régimen de transmisión de las participaciones sociales. Esta lista de causas legales de separación no tiene naturaleza de *numerus clausus* como el propio precepto se encarga de subrayar en el núm. 3, disponiendo que los acuerdos sociales de transformación y de traslado del domicilio al extranjero constituyen causa de separación en los términos señalados en los arts. 15, 62 y 99 LME respectivamente⁴⁵.

En todo caso, puesto que la disposición final tercera de la LSLP se remite a las normas correspondientes a la SA o a la SL según corresponda, sin contemplar ninguna restricción derivada de las peculiaridades tipológicas de SLab⁴⁶, cabe concluir que esta regulación del derecho de separación

⁴⁵ Se podrá observar que todas las causas legales de separación hacen referencia a acuerdos sociales adoptados por la mayoría necesaria que tienen por objeto una modificación sustancial del contrato de sociedad, que el socio minoritario no puede evitar pero a cambio se le concede el derecho a separarse. En este sentido, vid., RDGN de 2/11/2010 (RJ\2011\415) y STS de 30/06/2010 (Roj: STS 3538/2010 - ECLI: ES:TS:2010:3538) y STS de 10/03/2011 (Roj: STS 2033/2011 - ECLI: ES:TS:2011:2033). Además, el acuerdo de traslado del domicilio al extranjero conllevará la pérdida de su calificación como laboral: Guerrero Lebrón (2011), p. 123.

⁴⁶ Paniagua Zurera (2015), pp. 11, 15 s. señalando que esta aplicación supletoria debería preservar los fines sociales y de interés general de la SLab. En otro sentido: Pagador López (2005), p. 27; Farrando Miguel (2009), p. 310; García Ruiz (2017), p. 68 s. Cuestión distinta es el hecho de que en algunas de estas causas legales comunes de separación existen previsiones específicas para las sociedades laborales o bien la especialidad laboral causa modificaciones en la regulación legal de las causas

en la SA y en la SL es plenamente aplicable a las sociedades laborales, tanto para el socio trabajador como para el socio general o inversor (art. 5 LSLP)⁴⁷, planteándose la cuestión *supra* apuntada de la existencia en las sociedades de capital de una cláusula implícita de separación por justos motivos para todos los tipos de socios aunque quizá con mayor motivo para el socio trabajador⁴⁸.

IV. CAUSAS ESTATUTARIAS DE SEPARACIÓN

Para el sector «institucionalista» de la doctrina, las causas legales de separación son normas imperativas impuestas por el legislador para la tutela de los intereses del socio minoritario⁴⁹. Por el contrario, para los autores partidarios de una visión contractualista del derecho de sociedades, el límite a la autonomía de la voluntad en esta materia lo impone el principio —de orden público— de la temporalidad de las relaciones obligatorias, no la forma o herramienta a través de la cual se instrumenta la salida, que en el ámbito del derecho de sociedades de capital es ordinariamente la transmisibilidad de la participación en el capital social. Por consiguiente, la regulación legal del derecho de separación deviene indisponible solo cuando no exista esta puerta de salida por el carácter cerrado y/o personal de la sociedad, o cuando se produce una situación opresiva de la minoría⁵⁰.

de separación comunes a las sociedades de capital. Para un análisis de las mismas, vid., Alfonso Sánchez (2017), pp. 147-152.

⁴⁷ Existe una extensa literatura sobre el derecho de separación en las sociedades mercantiles. Entre otros, con ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales, vid.: Perales Viscasillas (2001), *passim*. Específicamente en relación con las causas de separación previstas en la LME, vid.: Elorza Guerrero, Gómez Porrúa, Guerrero Lebrón & Ramos Prieto (2011), pp. 111-127; Martínez Sanz & Puetz (2015), pp. 309-356; Cábanas Trejo (2015), pp. 472-480; Echebarría Sáenz (2015), pp. 102-108.

⁴⁸ Vid., *supra* epígrafe 3.3. En este sentido, a la vista de los arts. 15.6 y 16.1 LSLP, cabe considerar que un acuerdo de modificación de los estatutos que conduzca a la concurrencia de una causa forzosa de descalificación se debería considerar como justa causa que habilita al socio disidente para ejercitar el derecho de separación. Vid., Paniagua Zurera (2015), pp. 25 y 32.

⁴⁹ El carácter expresamente dispositivo del derecho de separación en el supuesto de creación, modificación o extinción de la obligación de realizar prestaciones accesorias (art. 346.1.d) LSC), refuerza esta posición doctrinal.

⁵⁰ Afirman la naturaleza imperativa, entre otros, García Sanz (2012), pp. 62 s.; Alonso Ledesma (2013), pp. 93 y 99., y Sequeira Martín (2011), pp. 806, 812 y 818. Den-

Aceptando la tesis de la naturaleza imperativa de la regulación legal del derecho de separación en las sociedades de capital, esa misma naturaleza jurídica de *ius cogens* habrá que atribuir a las causas de separación específicas de las sociedades laborales (art. 16.1 y 2 LSLP). Siendo así, ni por unanimidad como exige el art. 347 LSC, podrán los socios suprimir o restringir el alcance de las causas legales de separación⁵¹, limitándose la libertad de los socios a (i) ampliar el ámbito de aplicación de las causas legales y (ii) establecer «otras causas de separación distintas» a las previstas en la Ley (arts. 347.1 LSC y 204.1 RRM). Causas estatutarias de separación que podrán ser otros acuerdos sociales —de la junta general o del consejo de administración— u otro tipo de hechos o circunstancias objetivas y ajenas a la voluntad de la sociedad o incluso aspectos puramente personales del socio (art. 205 RRM)⁵².

El art. 347 LSC no exige, literalmente, una determinada cualidad o gravedad en los hechos que se pueden configurar como causas estatutarias de separación, lo que ha dado pie a que la doctrina discuta sobre los límites de la autonomía de la voluntad en esta materia. Para un sector doctrinal, partiendo del carácter excepcional del derecho de separación en las sociedades de capital, la libertad de los socios no es omnímoda y solo se podrán configurar como tal aquellos comportamientos de la mayoría o hechos ajenos a la vida social con cierta trascendencia en la posición del socio o en la vida de la sociedad y las relaciones intrasocietarias, atendiendo al tipo de

tro de la doctrina «contractualista», vid.: Alfaro (2011), *passim*; Campins (2012), *passim*. La doctrina discute también sobre si el derecho de separación puede ser objeto de renuncia individual del socio, admitiéndose con carácter unánime la renunciabilidad *a posteriori* y negándose por la mayoría de la doctrina la renuncia *a priori*. Para una aproximación a este debate doctrinal y a los motivos de cada visión, vid. Brenes Cortés (2012), pp. 14 s. Admitiendo la validez de las cláusulas estatutarias de renuncia *in genere* consentidas por todos los socios en vinculaciones no opresivas, vid. Campins (2012), *passim*; Campins & Alfaro (2014), pp. 17-21; y Alfonso Sánchez (2017), pp. 157 s.

⁵¹ No obstante, en nuestra opinión ese pretendido carácter imperativo de las causas legales de separación no debería ser óbice para que, a través de los estatutos, los socios «restauren» el derecho de separación del art. 348 bis LSC para los socios trabajadores, derogando o alterando los términos de la exclusión establecida por legislador en el art. 16.2 LSLP. P. ej., limitando el derecho a separarse para todos o una clase de los socios a los supuestos de atesoramiento sistemático e injustificado.

⁵² P. ej., la extinción de la relación laboral que unía al socio con la SLab. Para una sistematización, Vid. Fajardo García (1996), pp. 71-73.

sociedad abierta o cerrada configurada por los socios⁵³. Por el contrario, atendiendo a que actualmente la finalidad de la separación es proporcionar una salida efectiva al socio inversor en ausencia de mercado líquido para las participaciones minoritarias en el capital de sociedades cerradas anónimas o limitadas, otros autores sostienen que los socios no tienen más límite en la configuración estatutaria del derecho de separación que el art. 1255 del CC y los principios configuradores del tipo social de que se trate (art. 28 LSC), pudiendo establecer cláusulas generales de separación *ad nutum*—en sociedades de capital cerradas constituidas por tiempo indeterminado— o por justos motivos, para toda clase de socios o particularmente para los socios inversores o generales de las sociedades laborales y como instrumento de incentivación de la inversión mediante participaciones minoritarias en el capital social⁵⁴.

Ambas cláusulas de separación están legalmente reconocidas para las sociedades profesionales y en las AIE⁵⁵, y la separación por la simple voluntad del socio se debe establecer en los estatutos como condición para la validez de la prohibición estatutaria de la transmisión inter vivos de las participaciones sociales en las sociedades limitadas y en las sociedades laborales anónimas o limitadas (arts. 108.3 LSC y 8 LSLP)⁵⁶. Esta regulación ratifica que el fundamento de las cláusulas de separación *ad nutum* radica en la prohibición de las vinculaciones perpetuas, de modo que se

⁵³ Entre otros, vid., Iglesias Prada (2006), pp. 1278 s.; Fernández Jiménez (2009), pp. 1085-1087; Emparanza (2011), pp. 2479-2481; Sequeira (2011), pp. 811-813 y 820; Valpuesta Gastaminza (2013), p. 944; Brenes Cortés RdS (2011), pp. 19 ss.

⁵⁴ Entre otros, vid. Gallego (2013), pp. 306-311; Fernández de Córdoba Claros (2013), p. 14; Gimeno Beviá (2014), pp. 6-9; y Campins & Alfaro (2014), nota a pie 52.

⁵⁵ Vid., arts. 13 LSP y 15 LAIE. Hay que tener presente que se trata de sociedades cerradas y personalistas, ya que el art. 12 LSP establece la intransmisibilidad inter vivos de la condición de socio profesional, salvo consentimiento de todos los socios profesionales o por la mayoría si así lo prevén los estatutos, e igual regla del consentimiento unánime del resto de los socios es la que se exige para la transmisión de la condición de socio en las AIE por aplicación del régimen de las sociedades colectivas (art. 143 C. de c.). Vid., Gómez Calero (2001), p. 205. En relación con las sociedades profesionales, vid., García Pérez (2009), pp. 188-194.

⁵⁶ Sequeira Martín (2011), p. 820, considera que estos preceptos legales constituyen un argumento a favor de la excepcionalidad del derecho de separación en las sociedades de capital. Esta cláusula estatutaria de separación *ad nutum* no es limitable por los socios, pero se puede condicionar su ejercicio mediante la imposición de un plazo de preaviso o al ofrecimiento de sus participaciones a los socios o a la sociedad: Vid., Valpuesta Gastaminza & Barberena Belzunce (1998), p. 131.

debe admitir la validez de tales cláusulas estatutarias en las sociedades de capital que, con independencia del tipo social, *de iure* o *de facto*, no exista un mercado efectivo de participaciones o acciones, como puede suceder en las sociedades laborales⁵⁷. Esta es la argumentación que está detrás de la última jurisprudencia registral y del Tribunal Supremo admitiendo la licitud de las cláusulas de separación *ad nutum* en las sociedades limitadas y con mayor motivo de las cláusulas de separación por justos motivos⁵⁸. Con todo, la exigencia del consentimiento unánime de los socios, dentro o fuera de la junta general (arts. 347.2 LSC y 204 RRM), para incorporar, modificar o suprimir causas estatutarias de separación cumple una función preventiva de eventuales excesos y reduce la virtualidad de esta autonomía privada a las pymes⁵⁹.

V. EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN

El art. 16 LSLP también es una norma incompleta por cuanto no regula ni el procedimiento ni los efectos del ejercicio del derecho de separación por el socio⁶⁰. Por tanto, en esta materia hay que estar al régimen legal

⁵⁷ Sobre esta cuestión, vid., Valpuesta Gastaminza & Barberena Belzunce (1998), pp. 129-133; Sáenz García de Albizu, J. C., Goñi Sein, J. L., de la Hucha Celador, F. & Perdices Huetos, A. (2000), pp. 184-193; Pagador López (2005), pp. 244-247; García Ruiz (2017), p. 79.

⁵⁸ RDGRN de 2/11/2010 (RJ\2011\415); RDGN de 7/02/2012 (RJ\2012\4793); STS de 03/05/2002 (ECLI: ES:TS:2002:3126); STS de 15/11/2011 (ECLI: S:TS:2011:8015) y STS de 14/3/2013 (ECLI: ES:TS:2013:1050). Para un comentario a esta última sentencia: Vid., Fernández de Córdoba Claros (2013), *passim*. En la doctrina y en sentido opuesto, por todos, vid., Brenes Cortes, J. (2011), pp. 19 ss.

⁵⁹ La regla de la unanimidad se considera una norma imperativa por la doctrina, pues fija un derecho mínimo individual del socio: Valpuesta Gastaminza (2013), p. 946. No obstante, se discute si a través de los estatutos se puede sustituir la unanimidad por el reconocimiento de un derecho de separación: Fernández de Córdoba Claros (2013), p. 15.

⁶⁰ En relación con el derecho de separación, el apartado 4 de este precepto se limita a disponer: «En el plazo máximo de cuatro meses a partir de la recepción del escrito por el que el socio comunica que ejercita su derecho de separación previsto en el apartado 1 de este artículo (...), el socio separado (...) tendrá derecho a obtener en el domicilio social el valor de sus acciones o participaciones, transmitidas o amortizadas». No se alcanza a comprender por qué razón esta norma no es de aplicación a la causa de separación para los socios inversores o generales del apartado 2. Habrá que estar en este supuesto al plazo máximo que resulta de los arts. 353 a 356 LSC: cuatro meses.

de las sociedades de capital establecido en los arts. 348 (ejercicio) y 353 a 359 (efectos: reembolso y reducción o adquisición de las participaciones o acciones por la SLab)⁶¹.

La legitimación activa o titularidad del derecho de separación le corresponderá, con carácter general, al socio que no haya votado a favor del acuerdo en los supuestos legales de separación (arts. 16.1 y 2 LSLP, 346.1 y 348 bis LSC y 15.1, 62 y 99⁶² LME), y en el caso de causa estatutaria habrá que estar a lo que resulte de la regulación estatutaria, pues el art. 347.1 LSC exige que los estatutos determinen «el modo en que deberá acreditarse la existencia de la causa, la forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo para su ejercicio». A la vista de este precepto, cabría sostener que la legitimación, el procedimiento de acreditación y de ejercicio de las causas estatutarias de separación puede ser distinto del establecido, con carácter imperativo, en los arts. 348 y 349 LSC y los correlativos arts. 205 y 206 RRM así como en el art. 16.4 LSLP para la separación por descalificación de la SLab⁶³. Aunque la LSC no exige expresamente que se haga constar en el acta de la junta general la ausencia o la presencia y, en este caso, el sentido

⁶¹ De ser la causa de separación de origen estatutario cabría establecer en los estatutos otro destino a las participaciones o acciones del socio separado, como puede ser el ofrecimiento y adquisición por los socios trabajadores o generales que permanecen en la SLab; vid., Iglesias Prada (2006), p. 1282. De acuerdo con el art. 11 bis de la Ley de arbitraje el ejercicio del derecho de separación y sus efectos puede ser objeto de arbitraje. Como ya se ha advertido al principio de este capítulo, los efectos del ejercicio del derecho de separación son comunes a los de la exclusión del socio y, por ello, serán objeto de análisis en el capítulo dedicado a la exclusión.

⁶² Vid., *supra* epígrafe 3.2, nota a pie 28. Hay que advertir que el art. 348 bis LSC legitima al socio que haya votado a favor de la distribución de los beneficios sociales, en tanto que los arts. 66 y 99 LME restringen la legitimación al socio que hubiese votado en contra, en un caso del acuerdo de fusión cuya sociedad resultante tenga su domicilio en otro Estado UE y en el otro del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero.

⁶³ El hecho de que los arts. 348 y 349 LSC y 205 y 206 RRM se refieran, sin mayor especificación, a los acuerdos que dan lugar a derecho de separación, ha llevado a alguna doctrina a interpretar que estos preceptos se aplican tanto a los acuerdos sociales que son causa legal como a los que son causa estatutaria de separación; por todos, vid., Iglesias Prada (2006) pp. 1280-1282; Sequeira (2011), p. 816; y Fernández de Córdoba Claros (2013), p. 15; Valpuesta Gastaminza (2013), pp. 346 s. En cualquier caso, la doctrina aconseja que se evite esta dualidad en el ejercicio del derecho de separación en función del origen legal o estatutario de la causa, y en los estatutos se remita esta cuestión al régimen legal: vid., Sequeira (2011), pp. 816 y 819; Valpuesta Gastaminza (2013), p. 945.

del voto del socio en relación con el acuerdo que causa el derecho a separarse, el acta de la junta debería reflejar la no contribución con su voto a la conformación de la mayoría del acuerdo, para que no quepa duda de su legitimación activa.

En definitiva, el socio legitimado debe ejercitar por escrito su derecho a separarse mediante una declaración expresa dirigida a la SLab (art. 235 LSC)⁶⁴. Si la sociedad no le reconoce el derecho, el socio podrá ejercitar el derecho de separación ante el juez competente, al tratarse de un acto unilateral del socio que no precisa ser aceptado por la sociedad⁶⁵. Declaración de ejercicio del derecho de separación que el socio deberá efectuar en el plazo de 1 mes (o el que se establezca en los estatutos), contado (i) desde la fecha en que se haya hecho público el acuerdo que causa el derecho de separación (arts. 348 y 11 bis y ter LSC)⁶⁶, (ii) desde la fecha de celebración de la junta en caso de separación por no reparto de dividendos (arts. 348.2 bis LSC y 15.2 LME), o en la forma que se determine en los estatutos si es una causa estatutaria de separación (art. 347.1 LSC). Con el objeto de garantizar que se ha respetado el ejercicio del derecho a separarse, los arts. 349 LSC, 206 RRM y 16.3 LSLP, condicionan la inscripción registral del acuerdo que cause la separación a que los administradores declaren que ningún socio ha ejercitado el derecho de separación dentro del plazo establecido, o que las acciones o participaciones sociales han sido ofrecidas a trabajadores de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido, y/o que las acciones o participaciones del socio separado se han amortizado mediante la correspondiente reducción del capital social. Por último, discrepa la doctrina sobre la facultad de la mayoría para privar de eficacia al ejercicio del derecho de separación, adoptando un nuevo

⁶⁴ Es aconsejable que se haga por medios fehacientes, pudiendo ser por medios electrónicos si el socio ha aceptado este medio y la sociedad cumple lo dispuesto en el art. 11 quáter LSC. La comunicación por escrito no será necesaria si el derecho se ejercita en la propia junta en que se adoptó el acuerdo: Fernández de Córdoba Claros (2013), p. 17.

⁶⁵ Como excepción, en el supuesto de que el acuerdo de transformación de la SLab en otro tipo social conlleve la responsabilidad personal e ilimitada de los socios por las deudas sociales, el socio que no haya votado a favor quedará automáticamente separado sin necesidad de ejercitar su derecho: art. 15.2 LME.

⁶⁶ Cuando el derecho de separación viene causado por la descalificación forzosa de la condición de SLab, no resulta claro en qué momento se inicia el cómputo de este plazo legal. Alfonso Sánchez (2017), pp. 161-163 argumenta que tiene lugar en el momento que la sociedad recibe la notificación de la resolución administrativa de descalificación.

acuerdo por el que se revoque, se deje sin efecto o sustituya el acuerdo que motivó la separación, o incluso adoptando un acuerdo de disolución⁶⁷.

Bibliografía

- ALFONSO SÁNCHEZ, R. (2016). «La economía social desde la tipología societaria». *RdS*, 47.
- (2017). «Separación y exclusión de socios en la sociedad laboral». En ANDREU MARTÍ, M^a M. (Dir.) *El régimen jurídico de las sociedades laborales* (pp. 135-183). Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2011). http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2011/10/derecho-de-separacion-en-caso-de-sequia_22.html.
- (2013). <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/05/una-opor-tunidad-perdida-de-avanzar-en.html>.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. & CAMPINS VARGAS, A. (2011). «El abuso de la mayoría en la política de dividendos. Un repaso por la jurisprudencia». *Otrosí*, 5, pp. 19-26.
- ALONSO LEDESMA, C. (2013). «La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios». *RDM*, 287, pp. 87-125.
- ANDREU MARTÍ, M^a M. (2017). «La sociedad laboral del Siglo XXI. Significado y configuración». En Andreu MARTÍ, M^a M. (Dir.) *El régimen jurídico de las sociedades laborales* (pp. 27-47). Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters.
- BAGO ORIA, B. (2010). *Dividendos encubiertos: el reparto oculto del beneficio en sociedades anónimas y limitadas*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- BARREIRO RODRÍGUEZ, E. (2015). «Consideraciones sobre la reforma del régimen legal de las sociedades laborales». *RdS*, 45, pp. 249-289.
- BRENES CORTÉS, J. (2012). «Derecho de la minoría al dividendo: el controvertido art. 348 bis LSC», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8.
- (2011). «El Derecho de separación, principales novedades tras las última modificaciones operadas en el derecho de sociedades» *RdS*, 37, pp. 19-45.
- CÁBANAS TREJO, R. (2015). «Las fusiones y escisiones transfronterizas». En ROJO, A., CORTÉS, L. J., CAMPUZANO, A. B. & PÉREZ TROYA, A., *Las modificaciones estructurales en las Sociedades Mercantiles* (pp. 403-494). Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters.
- CAMPINS VARGAS, A. & ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2014). «Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital». En GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J. (Coord.), *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, (pp. 65-93). Madrid: Civitas-Thomson Reuters. También disponible en versión electrónica: http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1400077396es.pdf.
- CAMPINS VARGAS, A. (2012). «Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?». *Diario La Ley*, n° 7824, de 23 de marzo.

⁶⁷ Sobre esta cuestión, vid., Emparanza (2011), p. 2484; Fernández de Córdoba Claros (2013), p. 17. Admitiendo esta posibilidad, arts. 271-9.3 y 271-10.2 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

- CANO LÓPEZ, A. (2008). «Algunas reflexiones tópicas al hilo de una singular y necesaria propuesta de reforma». *RJCiriec*, 19, pp. 159-171.
- COSTAS COMESAÑA, J. (1999). *El deber de abstención del socio en las votaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, M^a del P. (2016). «Los principios de la economía social en la Ley de sociedades laborales y participadas». *RJCiriec*, pp. 185-204.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A. (2015). «Fase decisoria. Tutela de los intereses de socios y acreedores». En RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., ALONSO UREBA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., VELASCO SAN PEDRO, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J. & ESTEBAN VELASCO, G. (2009). *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. T. II (pp. 85-118). Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters., pp. 102-108.
- ELORZA GUERRERO, F., GÓMEZ PORRÚA, J. M., GUERRERO LEBRÓN, M^a. J. & RAMOS PRIETO, J. (2011). *Estudio sobre las implicaciones laborales, mercantiles y fiscales de la modificación estructural de la sociedad laboral*. Madrid: Marcial Pons.
- EMPARANZA SOBEJANO, A. (2011). «Separación y exclusión de socios». En ROJO, A. & BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (pp. 2469-2490), T. II. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- ESCUÍN IBÁÑEZ, I. (2017). «Régimen jurídico del capital social (I). Clases de acciones y participaciones sociales. Su transmisión». En ANDREU MARTÍ, M^a M. (Dir.) *El régimen jurídico de las sociedades laborales* (pp. 89-108). Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters.
- FAJARDO GARCÍA, G. I. (1996). *El derecho de separación del socio en la sociedad limitada*. Valencia: Editorial Práctica del Derecho.
- (2008). «Aspectos societarios de la reforma de la ley de sociedades laborales». *RJCiriec*, 19, pp. 141-158.
- FERNÁNDEZ DE CORDOBA CLAROS, I. (2013). «La separación y exclusión de socios en las sociedades de capital». *RdS*, 41, pp. 181-330.
- FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, M^a. I. (2009). «Capítulo IX. Separación y exclusión de socios». En: ARROYO, I., EMBID IRUJO, J. M., & GORRIZ, C. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (pp. 10671092). Madrid: Tecnos.
- FARRANDO MIGUEL, I. (2009). «La calificación y descalificación de sociedades anónimas y limitadas como sociedades laborales». En RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., ALONSO UREBA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., VELASCO SAN PEDRO, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J. & ESTEBAN VELASCO, G. (2009). *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. T. I (pp. 307-319). Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2013). «El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas». En CUÑAT EDO, V., MASSAGUER, J., ALONSO ESPINOSA, F. J. & GALLEGO SÁNCHEZ, E. *Estudios de Derecho mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá* (pp. 301-323). Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA PÉREZ, R. (2009). «La salida voluntaria y forzosa del socio profesional y su reflejo en las cláusulas estatutarias de separación y exclusión». En TRIGO GARCÍA, B. & FRAMINÁN SANTAS, J. (eds). *Estudios sobre las sociedades profesionales* (pp. 183203). Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA RUIZ, E. (2013). «El régimen legal de las sociedades laborales someto a revisión». *RdS*, 41, pp. 249-279.

- (2017). «El régimen societario de las sociedades laborales en la nueva Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas». *Revesco*, 123, pp. 64-93.
- GARCÍA SANZ, A. (2012). «Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos». *RdS*, 38, pp. 55-71.
- GIMENO BEVIÁ, V. (2014). «Derecho de separación *ad nutum* y prestaciones accesorias». *RdS*, 42, pp. 275-306.
- GÓMEZ CALERO, J. (2001). *Las agrupaciones de interés económico. Las uniones temporales de empresas*. Madrid: Marcial Pons.
- Gómez Porrúa, J. M. (2011). «Transformación de sociedades laborales». En ELORZA GUERRERO, F., GÓMEZ PORRÚA, J. M., GUERRERO LEBRÓN, M^a. J. & RAMOS PRIETO, J. (2011). *Estudio sobre las implicaciones laborales, mercantiles y fiscales de la modificación estructural de la sociedad laboral* (pp. 37-72). Madrid: Marcial Pons.
- GUERRERO LEBRÓN, M^a. J. (2001). «Transformación de sociedades laborales». En ELORZA GUERRERO, F., GÓMEZ PORRÚA, J. M., GUERRERO LEBRÓN, M^a. J. & RAMOS PRIETO, J. (2011). *Estudio sobre las implicaciones laborales, mercantiles y fiscales de la modificación estructural de la sociedad laboral* (pp. 111-127). Madrid: Marcial Pons.
- MARINA GARCÍ-TUÑÓN (2017). «Los derechos al dividendo y de separación a la luz del art. 348 bis de la Ley de sociedades de capital: una revisión general». *RdS*, 49, pp. 27-60.
- MARTÍNEZ SANZ, J. & PUETZ A. (2015). «El derecho de separación de los socios en las modificaciones estructurales». En ROJO, A., CORTÉS, L. J., CAMPUZANO, A. B. & PÉREZ TROYA, A., *Las modificaciones estructurales en las Sociedades Mercantiles* (pp. 309-356). Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters.
- NEILA NEILA, J. M^a. (1998), *Sociedades Laborales. Análisis sistemático de la Ley 4/1997, de 24 de marzo*. Madrid: Dykinson.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (2005). *La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas y las entidades mutuales. Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca*. Vol. 2. Madrid: Marcial Pons.
- PANIAGUA ZURERA, M. (2015). «La singularidad tipológica de la sociedad laboral y su legislación adecuada (A propósito de la Proposición de Ley de sociedades laborales de Confesal y de la aplicación judicial de la Ley 4/1997, de sociedades laborales». *RdS*, 44, pp. 171-232.
- (2015-2). «Las sociedades laborales ante el Anteproyecto de Ley de nuevo Código Mercantil». En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 726-744. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/21060>.
- PAZ ARES, C. (2006). «Capítulo 25. La sociedad colectiva: cambios de socios, separación y exclusión. Capítulo 26. La sociedad colectiva: Disolución y liquidación». En R. URÍA & A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I, (pp. 685-713 y 515-742. Madrid: Thomson/Civitas.
- PERALES VISCASILLAS, M^a. P. (2001). *El derecho de separación del socio en las sociedades de capital*. Madrid: La Ley.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2014). «Sociedades mercantiles: disolución; sociedades cotizadas». En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coord.), *Hacia un Nuevo Código Mercantil*. (193-213). Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters.

- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., GOÑI SEIN, J. L., DE LA HUCHA CELADOR, F. & PERDICES HUETOS, A. (2000). *Sociedades laborales*. En Uría, R., Menéndez, A. & Olivencia, M. *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. T. XV. Madrid: Civitas.
- SEQUEIRA MARTÍN, A. (2011). «La incidencia del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital en el Tratamiento de las Causas Estatutarias de Separación del Socio». En: PILOÑETA ALNOS, L. M. & IRIBARREN BLANCO, M. *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas* (pp. 799-824). Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- SALABERT PARRAMÓN, R. (1987). *Las Sociedades Laborales en el marco del desarrollo económico y social español*. Madrid: Ministerio de Trabajo y seguridad Social.
- SILVA SÁNCHEZ M. J. & SAMBEAT SASTRE J. M^a (2012). «Análisis y crítica del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital». *Diario La Ley*, n^o 7844, de 22 de abril.
- SILVÁN RODRÍGUEZ, F. & PÉREZ HERNANDO, I. (2012). «Derecho de separación y dividendos: El controvertido artículo 348 bis LSC». *Diario La Ley*, 7813, de 7 de marzo.
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A. & IGLESIAS PRADA, J. L. (2006). «Capítulo 46. La sociedad de responsabilidad limitada: exclusión y separación de socios». En R. URÍA & A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, (pp. 1261-1287). Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. M^a & BARBERENA BELZUNCE, I. (1998). *Las Sociedades Laborales. Aspectos Societarios, Laborales y Fiscales*. Navarra: Aranzadi.
- (2013). *Comentarios a la Ley de sociedades de capital. Estudio legal y jurisprudencial*. Hospitalet de Llobregat (Barcelona): Bosch.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, T. (2012). «La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas». *RDM*, 203, pp. 169-196.
- ZARZALEJOS TOLEDANO, I. (2015). «Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos». *La Ley Mercantil*, 16.

La exclusión de socios en las sociedades laborales

FRANCISCO J. MARTÍNEZ SEGOVIA

Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CAUSAS DE EXCLUSIÓN. 1. Causas legales. 1.1. Los supuestos previstos en la LSLP. 1.2. Las causas contempladas en la LSC. 2. Causas Estatutarias. 2.1. Contenido, límites y posibilidades. 2.2. Requisito decisorio para su previsión. III. PROCEDIMIENTO DE EXCLUSIÓN. 1. La titularidad del poder de exclusión y sus consecuencias. 2. Otros aspectos significativos: convocatoria, constitución, audiencia del socio interesado, derecho de voto, adopción de acuerdo y acta de la junta. 3. El procedimiento judicial de exclusión. IV. EFECTOS DE LA EXCLUSIÓN. 1. Pérdida de la condición de socio. 2. Derecho al reembolso del valor de las acciones o participaciones. 3. Responsabilidad por las deudas sociales. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En la evolución histórica de la disciplina jurídica de las sociedades laborales por vez primera se contempla explícita y llanamente la técnica jurídica de la exclusión de socios en la vigente *Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Sociedades Participadas* (en lo sucesivo, LSLP), a diferencia del silencio normativo al respecto reseñable en la anterior legislación *ad hoc*¹. Ese silencio no significaba, en nuestra opinión, la inexistencia (e inaplicabilidad) del instituto en modo alguno, sino tan sólo que no se contenía en la normativa reguladora de la sociedad laboral (aunque ello fuere tan sólo en apariencia)², en tanto que ésta es la ordenación singular

¹ Nos referimos tanto a la *La Ley 15/1986, de 25 de abril, de sociedades «anónimas» laborales* (LSAL, esta ley sólo preveía la calificación como laboral de las sociedades anónimas) como, posteriormente, a la *Ley 4/1997, de 24 de marzo, de sociedades laborales* (LSL 4/1997, en lo sucesivo).

² Nos referimos al caso de la transmisión del socio trabajador de sus acciones o participaciones en el caso de extinción de su relación laboral contemplados anteriormente tanto en la LSAL (art. 10.1) como la LSL 4/1997 (art. 10.1). Un supuesto que, según alguna doctrina comentarista de aquella legislación, podría ser considerado como «una forma de expulsar» al socio (v. Valpuesta Gastaminza

en que se sustancia ese *subtipo de sociedad de capital* que es la sociedad laboral respecto de las dos *formas sociales* más significativas de las sociedades de capital en las que se debe sustentar³. Obviamente el *concreto* régimen de las sociedades laborales, dada su exigüidad normativa, no agota su entera disciplina, sino que ésta se completa con aquella normativa *general* supletoria correspondiente a la *forma social* elegida como específico substrato técnico-jurídico sobre el que se articulará la calificada sociedad laboral⁴. Ello es así porque la normativa contenida en la LSLP evidencia que estamos ante una sociedad que no es sino un *subtipo en el ámbito de las sociedades de capital*⁵,

& Barberena Belzunce [1998]), aunque critique los riesgos que esta modalidad de transmisión comporta para el socio disidente. Nos remitimos para mayor detalles al posterior epígrafe 2.1.1.

³ El legislador ha preferido emplear en el Preámbulo de la LSLP (v. apdo. I, pfo. 2.º y apdo. II, pfo. 1.º) la novedosa expresión de «fórmula societaria» para calificar a las sociedades laborales. Esta expresión no puede ser entendida como equivalente a la de *forma social o tipo societario*, para deducirlo basta ver cómo el propio legislador seguidamente del uso de aquella inédita expresión tanto en el mismo Preámbulo de la LSP (v. apdo. I, pfo. 3.º, donde se afirma que «las sociedades laborales son sociedades de capital por su forma») como ya en su articulado, concretamente, en la Disp. Final Tercera, que, bajo la rúbrica Derecho aplicable, afirma que a las sociedades laborales les será de aplicación subsidiaria la normativa de la SA o SRL «según la *forma* que ostenten» (cursiva nuestra). El término novedosamente elegido quizá podríamos al de *subtipo societario* respecto de la naturaleza jurídica de las sociedades laborales, preferimos este último por su mayor eficacia y fuerza descriptiva de las características de la sociedad laboral.

⁴ Pese a ser algo evidente jurídicamente, el legislador quiere dejarlo claro expresamente tanto en el Preámbulo (cfr. apdo. I, pfo. 3.º) como en el propio articulado (v. Disp. Final 3.ª).

⁵ El término *subtipo societario* explica mejor cómo el entero régimen aplicable a las sociedades laborales se debe delimitar en función de alguna forma social específica elegida como substrato jurídico sobre el que se erige la «calificación de sociedad laboral». Se trata, por ende, de una terminología más reveladora de la normativa finalmente aplicable: de un lado, una exigua e insuficiente *especialidad normativa* (la contenida en la LSLP) y, de otro, *en tanto que compatible con esta anterior*, de modo supletorio la extensa *regulación general* de los otros *tipos societarios o formas sociales* (en este caso, los dos más significativos de las sociedades de capital, susceptibles de ser calificadas o devenir «laborales»). Esa compatibilidad explica, en nuestra opinión, la mayor corrección del término y concepto de *subtipo* en este caso. No obstante, lo relevante no está tanto en el plano terminológico sino en el jurídico-conceptual, para explicar el alcance y repercusión de la normativa especial sobre la normativa general subyacente, en aras de precisar el régimen jurídico aplicable. Así, terminológicamente y, en ocasiones, también con ciertas implicaciones jurídicas, la doctrina oscila entre calificarlas bien como socieda-

pues la LSLP conforma o da vida, jurídicamente hablando, a una modalidad societaria que unas veces deroga y otras añade determinadas normas especiales al régimen general supletorio de una de las formas sociedades de capital más significativas, previstas en el *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* (en lo sucesivo, LSC).

Esta eficacia normativa de la LSLP resulta evidente en el ámbito de la exclusión, porque su escueto artículo 16 tanto deroga como adiciona determinados aspectos de las normas de carácter general contenidas en los artículos 350 a 359 de la LSC, como se verá a continuación. Además de cuanto se dirá sobre el caso *ex art. 9 LSLP*.

Se obvia el tratamiento *in extenso* del concepto y naturaleza jurídica de la exclusión de socios, que excederían este escueto trabajo y que han sido ampliamente tratados por la doctrina⁶. Y, sin perjuicio de hacer alguna alusión donde se crea procedente a alguna de esas cuestiones, baste decir ahora que estamos básicamente ante una técnica jurídica que permite a la sociedad realizar la unilateral desvinculación jurídica de uno o más de sus miembros ante el acaecimiento de hechos considerados legal o convencionalmente aptos para propiciar su salida forzosa de la entidad. En cuanto a su naturaleza jurídica, se barajan distintas opciones dogmáticas, a saber: una peculiar adaptación al ámbito societario de los mecanismos resolutorios y/o rescisorios del derecho de obligaciones, o bien una suerte de disolución parcial de la entidad o/e, incluso, un instituto *sui generis*, que participa de esas y otras diferentes categorías dogmáticas.

des *específicas* (v. Cano López [1997; 2010], por entender que la remisión al régimen de anónimas o limitadas sería analógico o de sentido, dada, precisamente, la especificidad de las sociedades laborales), bien como sociedades *especiales* (v. Pagador López [2005], Vérguez [2006], Vicent Chuliá [2012], Sánchez Calero & Sánchez-Calero Guilarte [2013], Alfonso Sánchez [2017], todos en consideración al régimen especial de la legislación *ad hoc*), bien se opta por calificarlas como una sociedad *híbrida* (v. Valpuesta Gastaminza & Barberena Belzunce [1998], quienes afirman, asimismo, que conceptualmente son *específicas*, pero legalmente serían *especiales*; Andreu Martí [2016; 2017]).

Sobre el significado y alcance práctico del concepto de tipo, v. Duque Domínguez (1991) y, en especial, Fdez. de la Gándara (2010), pues trata de las diferencias entre tipos, tipos mixtos e híbridos y subtipos.

⁶ V., entre otros de los autores patrios que más a fondo han tratado esta cuestión, García Villaverde (1977), Alfaro Águila-Real (1996; 1997), Framiñán Santas (2005), Sánchez Ruiz (2006) y Pérez Rodríguez (2009; 2013).

II. CAUSAS DE EXCLUSIÓN

Según la procedencia de la previsión de los distintos supuestos de hechos susceptibles de provocar la exclusión del socio se diferencia entre aquellas de carácter legal y las de carácter convencional. Se hará referencia en primer lugar a las legales, con tratamiento tanto del régimen específico de la LSLP como del general y supletorio contenido en la LSC. Lo mismo se hará a continuación respecto de las causas estatutarias.

1. Causas legales

1.1. Los supuestos previstos en la LSLP

El artículo 16 apdo. 3.º establece expresamente dos supuestos de hecho de exclusión de socios, tanto de clase laboral como general, en las sociedades laborales, a saber: «La *sociedad* laboral *podrá* excluir al socio que ⁽¹⁾ incumpla las obligaciones previstas en esta ley en materia de transmisión de acciones y participaciones, o ⁽²⁾ realice actividades perjudiciales para los intereses de la sociedad y por las que hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados... »⁷. Como es obvio, ambos motivos legales de exclusión tiene un carácter uniforme respecto de sendas sociedades de capital susceptibles de acoger a la sociedad laboral, esto es, no sólo para las SRL (para las que la LSC contemplan expresa e inconcusamente la figura de la exclusión de socios) sino también respecto de las SA (que desconocen con carácter explícito y general esa figura, más allá del supuesto de la falta de desembolso de dividendos pasivos). Es una novedad significativa a la hora de aprehender el alcance del propio instituto dentro del Derecho de sociedades.

El artículo 16.3 confirma, en primer lugar, el carácter facultativo de la exclusión por parte de la sociedad («la sociedad *podrá* excluir...»), pues pese a la concurrencia de algún supuesto de exclusión la entidad, a través del órgano competente para determinar su concreta voluntad, puede optar libremente por no llevarla a cabo, por las razones que se estimen pertinentes. Y, en segundo lugar, esta disposición legal establece dos causas de exclusión:

a) De un lado, *el incumplimiento de las obligaciones previstas en la LSLP relativas a la transmisión de acciones y participaciones*, que afecta, desde un punto

⁷ La cursiva y números son nuestros.

de vista subjetivo, a los socios trabajadores con un contrato laboral por tiempo indefinido y a los restantes tipos de socios⁸ (y éstos pueden ser tanto personas físicas [otros trabajadores de la sociedad pero con un vínculo jurídico-laboral de duración determinada, otros sujetos sin vinculación laboral alguna con la sociedad, etc.] como también personas jurídicas). Todos los socios podrían ser excluidos por vulneración del régimen legal de transmisión de sus acciones o participaciones, ya sean de clase laboral como general, al margen del potencial o real daño que se pudiere causar o no a la sociedad⁹.

Por otro lado, la LSLP contempla en su articulado los dos casos típicos de transmisión de participaciones o acciones, es decir, tanto la de carácter *inter vivos* (v. arts. 6 [caso «ordinario» de enajenación] y 9 [caso «singular» de transmisión, en la que el transmitente es un socio trabajador cuya relación laboral se ha extinguido]) como la *mortis causa* (art. 10). Pues bien, nos parece que es la primera modalidad aquella especialmente considerada por el legislador para conectar su infracción con la exclusión, ya que los sujetos implicados han participado de la finalidad propia de la

⁸ El artículo 6 LSLP sólo define expresamente las acciones y participaciones de clase laboral, en atención a la condición de sus propietarios: trabajadores que tengan un vínculo laboral por tiempo indefinido con la sociedad. Y las de clase general se acotan de forma negativa: serían «las restantes».

⁹ Debe destacarse que la eventual salida forzosa de los socios por esa infracción del régimen legal de transmisión de acciones y participaciones es absolutamente independiente de su efecto sobre la sociedad, porque, según dispone el propio art. 6.4, «la transmisión de acciones o participaciones que no se ajusten a lo previsto en la ley, o en su caso, a lo establecido en los estatutos, no producirán efecto alguno frente a la sociedad». La vulneración de ese régimen dista mucho de tenerse como causante de daño alguno económicamente irreparable para la sociedad, titular del derecho a excluir a sus miembros, pues, como se acaba de indicar, la infracción es ineficaz en todo caso frente a ella. Si es así, si la transgresión es irrelevante jurídicamente respecto de la sociedad laboral, el efecto de exclusión ligado a esa contravención normativa parece vincularlo el legislador a la falta o pérdida de solidaridad de aquellos socios infractores con el colectivo de trabajadores llamados a devenir titulares de las acciones y participaciones que se pretenden enajenar (y, sucesivamente, otros grupos de sujetos que tiene prioridad en la adquisición de las distintas fracciones del capital social). Parece que se trata más bien de un caso de pérdida de confianza, de una decepción eventualmente irremisible con aquellos que dejan de sostener la filosofía que anima a la creación y, sobre todo, mantenimiento de la sociedad de capital como laboral. De ahí ese poder para decidir si los sujetos transgresores pueden seguir o no en el seno de esta entidad de economía social.

sociedad laboral, pues explicaría que sea la más habitual para dar lugar a una posible exclusión. No obstante, recientemente una autorizada doctrina estima que el supuesto de transmisión entre vivos del artículo 9 LSLP no encierra realmente un supuesto de exclusión *stricto sensu* sino un caso de venta forzosa de acciones y participaciones¹⁰; sin embargo, al margen de cuanto se adelantó al inicio de este trabajo, estimamos que el artículo 16 no establece excepción alguna sobre los supuestos del incumplimiento del régimen de transmisión, por lo que cualquier socio transmitente podría ser excluido libremente por la sociedad salvo que se le deje permanecer en la sociedad, lo que tendría lugar si la sociedad *ex art.* 6.2-4.º LSLP no optare a la adquisición de sus acciones o participaciones¹¹. Pero es que, además, el régimen del art. 9, incluso desde una eventual consideración como una suerte de transmisión forzosa ajena a la exclusión del socio trabajador, parece especialmente pensado para los casos de finalización o extinción de la relación laboral en que la sociedad reste indemne, de otro modo, esto es, si su extinción es perjudicial para la sociedad puede ser motivo para ser libremente excluido bajo los presupuestos de la segunda causa de exclusión *ex art.* 16.1 LSLP (piénsese en los casos de extinción de la relación laboral por despido procedente basado, por tanto, en el carácter perjudicial para la entidad, en cuyo caso nada obsta para que la sociedad excluya al socio afectado)¹². En todo caso, si el ámbito de aplicación del art. 16.3 no per-

¹⁰ Así, con un análisis detallado, Sánchez Ruiz (2016). Si bien, no debe dejar de tenerse en cuenta que la regular aplicación del art. 9 LSLP presupone su observancia por parte del socio trabajador afectado.

¹¹ De hecho, por su similitud funcional de las sociedades laborales y las cooperativas de trabajo asociado, algo que nadie se cuestiona (ya que concurren con aquellas para articular jurídicamente proyectos empresariales basados en trabajadores que quieren asumir el gobierno de la empresa), deben ser especialmente tenidas en cuenta en esta sede esta clase de cooperativas, ya que el art. 9 LSLP (según creemos pensado en relación con el socio cuyo relación laboral finaliza sin daño alguno para la sociedad) debe de conectarse con aquellas recientes manifestaciones de legislación cooperativa que en casos de bajas obligatorias o justificadas permiten que los socios afectos puedan conservar la condición de socio no trabajador ni usuario (cfr. arts. 25.1 y 26.1 de la *Ley 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas del Principado de Asturias* [LCPAstur] o los art. 25.1 de la *Ley 10/2010, de 2 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha* (LCCLMancha) y art. 28.1 del *Dec. Leg. 2/2015, 15 mayo, por el que se aprueba su Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana* [LCCVal]).

¹² V., asimismo, por su interés en relación con esta cuestión, el análisis de Senent (2016) sobre la expulsión de los socios de las cooperativas de trabajo asociado y, en especial, cómo la «paralaboralidad» de la prestación de trabajo de sus socios

mitiere su recurso siempre se podría hacer uso del mismo art. 9 LSLP para poder excluir al socio¹³.

En cuanto a la segunda modalidad de transmisión *mortis causa* debe indicarse que, si bien el efecto legalmente inmediato sea la posibilidad de que el heredero o legatario devengan socios por sucesión hereditaria (art. 10.1)¹⁴, cabe que los estatutos prevean el reconocimiento del régimen de adquisición preferente *ex art.* 6 LSLP, si bien referido ese derecho respecto de las acciones o participaciones de «clase laboral» *de forma expresa*¹⁵, lo que podría dar lugar a que dejaran de ser socios (v. art. 10.2), aunque, en este caso, el heredero o legatario sólo decaerían de la condición de socio si nadie optase por la adquisición, por lo que sólo si el llamado a ser sucesor *mortis causa* de las acciones o participaciones no respetase el régimen estatutario de transmisión podría ser excluido, puesto que ya era socio, desde la asunción hereditaria. Por otro lado, se explica mejor el apdo. 3.º del art. 10 que reitera la vigencia del efecto previsto en el apdo. 1.º sobre el del contemplado en el apdo. 2.º, ya que el art. 10.3 excepciona el apdo. 2.º sobre la posibilidad de previsiones estatutarias de adquisición de las ac-

hace que la técnica de la expulsión se aproxime al régimen que tiene el despido en la legislación laboral.

¹³ La posibilidad de ejercitar *ex art.* 16.3 la vía de la exclusión directamente exige, según establece, que el socio afectado no observe alguno de los supuestos de restricción legal a la transmisión de acciones o participaciones (en este caso sería el contemplado por el art. 9), mientras que, si no se da esa infracción se podría acudir a la aplicación del art. 9 directamente, cuya observancia comportaría para el socio tener posibilidad de permanecer en la sociedad. En otras palabras, aunque se observare por el socio el régimen de transmisión forzosa que se prevé en el art. 9, lo cierto es que es vía brinda a la sociedad la posibilidad de deshacerse del socio, ya que, como se ha apuntado, la tramitación del procedimiento de transmisión forzosa de las acciones o participaciones conlleva la expresión de la voluntad del órgano competente —que, en este caso, será el órgano de administración— para decidir libremente sobre la salida forzosa o no del socio afectado, es decir, su exclusión.

¹⁴ De no ser así, este artículo contravendría lo previsto en el art. 989 Código civil (v. Perdiges Huetos [1997]).

¹⁵ La ley se refiere explícitamente a las fracciones de capital de clase laboral, lo que ha supuesto la exclusión de aquellas de clase general, v., en este sentido, Valpuesta Gastaminza & Barberena Belzunce (1998); sin embargo, Pagador López (2005), es partidario de la posibilidad estatutaria de incluir también un régimen de transmisión para las acciones o participaciones de clase general, que no estarían sometidas a los límites del apdo. 2.º, dados los precedentes normativos y el proceso de elaboración parlamentaria.

ciones y participaciones de clase laboral del socio que fallece para aquellos casos en que su sucesor fuere ya un trabajador por tiempo indefinido, pues la Ley reconoce al sucesor la prioridad para asumir la titularidad de las acciones o participaciones de su causante, y así mantener las de ese tipo de acciones en ese colectivo de trabajadores¹⁶.

b) De otro lado, *la realización de actos perjudiciales para la sociedad si que hubiera recaído una condena judicial firme de indemnización de daños y perjuicios en favor de la sociedad*. También es *predicable de todo tipos de socios*. Se exige la causación de daños a la sociedad y que ello haya de acreditarse mediante sentencia judicial. Nada más se añade. Una reciente doctrina¹⁷ ha criticado al legislador por el modo tan singular y escueto de configurar este supuesto de exclusión, por entender que no se pronuncia sobre aspectos de especial y necesario interés, a saber: la intencionalidad del socio, la naturaleza de esa actividad, el alcance o gravedad del perjuicio así como el fundamento jurídico de la obligación resarcitoria estimada judicialmente. Sin duda el legislador podría haber empleado una mayor corrección y claridad, como bien afirma Alfonso Sánchez (2017), pero ante esos silencios normativos los Tribunales habrán de operar con cautela para resolver las cuestiones sugeridas y, a esos efectos, deberán aplicar las normas directamente aplicables y las que guarden una identidad de razón suficiente con la técnica de la exclusión en atención al caso concreto¹⁸. En todo caso, obviamente, el socio afectado será susceptible de ser excluido si hay daño a los intereses sociales y éstos son reconocidos mediante una sentencia judicial firme¹⁹.

¹⁶ Es decir, ello sería de forma automática, sin que deba ofrecerlas, como se impondría en caso de transmisión *inter vivos*, a otros trabajadores no socios por tiempo indefinido. En este sentido, v. Valpuesta Gastaminza & Barberena Belzunce (1998), aunque, con buen criterio, critica que el legislador sólo conceda esa derogación respecto de los trabajadores socios y no de prioridad para los trabajadores por tiempo indefinido no socios, lo que resulta contradictorio con el sistema del art. 6 LSPL.

¹⁷ V. Alfonso Sánchez (2017).

¹⁸ En general, pensamos que para dar respuesta a todas estas cuestiones planteadas se recurrirá a los criterios deducidos legal y judicialmente tanto del art. 1124 CCiv, dada la similitud jurídica entre exclusión y facultad de resolución (v. Sánchez Ruiz [2006], quien da cuenta detallada de la relación entre ambos institutos), como también, según creemos, se atenderá a los arts. 1090-1093, 1101-1108 y 1902 y ss. CCiv. e, incluso, cualesquiera otras normativas que establezcan supuestos de responsabilidad objetiva y, por último, asimismo, los arts. 116-122 CPen.

¹⁹ En este sentido, se explica que Sánchez Ruiz (2016) resalte que la eficacia de esta segunda causa de exclusión del art. 16.3 LSLP se producirá «... al margen de cuál sea la actividad perjudicial para los intereses sociales que la motive así como el

La relación de este supuesto de exclusión contemplado en la LSLP con los análogamente previstos en la LSC será objeto de consideración en el siguiente epígrafe.

Lo más relevante en el análisis de este art. 16.3 es que las dos causas de exclusión allí contempladas son, obviamente, dado el carácter normativamente prioritario o preferente de la LSLP, indistintamente aplicables a sendas formas de sociedades de capital aptas para construir jurídicamente una sociedad laboral²⁰.

1.2. Las causas contempladas en la LSC

La LSC dedica con carácter expreso y detalladamente la técnica de la exclusión de socios a las SRL, mientras que (aparentemente no prevé o) no lo hace así con las SA²¹.

fundamento jurídico de la obligación resarcitoria impuesta al socio en la sentencia condenatoria».

²⁰ Esta uniformidad normativa en este aspecto del régimen jurídico de las sociedades laborales ha sido generalmente destacada por la doctrina más reciente que se ha ocupado del instituto de la exclusión, v. Sánchez Ruiz (2016) y Alfonso Sánchez (2017).

²¹ Es decir, ello sin perjuicio del supuesto legal de incumplimiento de la obligación de desembolso temporáneo de dividendos pasivos (arts. 81 a 84 LSC), puesto que se permite que pueda o no (cfr. art. 84.1) excluir al socio por la vía —inmediata, más ágil— de la venta forzosa de sus acciones. Es un sistema procedimental de salida forzosa rápido y que, según creemos, responde desde antaño, por supuesto, a la técnica de la exclusión, sólo que por su automaticidad y delegación de la decisión en el órgano administrativo parece no reputarse como tal por cierta parte de la doctrina (v., a favor, entre otros, Rodríguez Sastre [1975], García Villaverde [1977], Martínez Jiménez [1997], Gutiérrez Gilsanz [1999], Viera González [2006], Troncoso Reigada [2008]; en contra, Sánchez Ruiz [2006; 2016], Alfonso Sánchez [2017]). Entendemos por ello que el legislador sí admite expresamente un caso de singular exclusión para la SA, que no está, lógicamente, previsto para la SRL, puesto que en esta forma social no se permiten la existencia de dividendos pasivos (art. 78 LSC).

Así las cosas, los socios de las SALL podrán ser o no excluidos en caso de impago extemporáneo de su obligación de aportación, es decir, por no desembolsar *in tempore* los pendientes dividendos pasivos. Un ejemplo de que estamos ante una causa de exclusión del socio se puede ver en la legislación cooperativa que considera de forma expresa como un posible supuesto de expulsión el caso del socio moroso, v., entre otras leyes autonómicas, el art. 40.2,c) LCPAstur, el art. 32.2,c) de la LCCLMancha, art. 23.2,c) LCCVal (no se incluye la *Ley 27/1999, de 16 julio, de Cooperativas del Estado* [LCEstado], porque exige, como en el caso de la SRL,

En concreto el art. 350 LSC prevé que «La sociedad de responsabilidad limitada podrá excluir ^(a) al socio que incumpla voluntariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias, así como ^(b) al socio administrador ^(b.1) que infrinja la prohibición de competencia o ^(b.2) hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados por actos contrarios a esta ley o a los estatutos o realizados sin la debida diligencia»²².

Se distinguen legalmente en atención al posible socio susceptible de ser excluido dos causas: de un lado, una relativa a todos los socios por incumplimiento voluntario de la obligación de realizar prestaciones accesorias y, de otro lado, las otras dos atinentes a los socios administradores, por la infracción de una preexistente prohibición de competir con la entidad como, asimismo, por la provocación de daños y perjuicios a la sociedad siempre que fueren condenados judicialmente en virtud de los criterios que les son legal y estatutariamente exigibles en el cumplimiento de sus funciones y/o requisitos o presupuestos necesarios para pedirles responsabilidad.

La primera cuestión a afrontar es en qué grado este régimen general y supletorio es compatible con la singularidad funcional de las sociedades laborales en tanto que ésta son unas particulares entidades de economía social, para ello debe partirse de la función propia y social de las sociedades laborales, que es una expresión determinada de aquellos principios que delimitan con carácter general el concepto de entidades de economía social²³. Básicamente, de una parte, la primacía de la persona y del fin social sobre el capital no sólo en el gobierno —preferentemente democrático y participativo— sino también en el reparto de resultados económicos, y, de otra parte, asimismo, la defensa y promoción de la solidaridad entre los socios, así con colectivos más o menos próximos de su entorno, que supongan un compromiso ético con la sociedad²⁴. Pero, además, ese juicio de

el desembolso íntegro de las aportaciones sociales). Pero también se estima así y de forma más contundente aún, si acaso cupiera, en la *Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca*, cuyo artículo 28.5 neta y contundentemente establece que «la falta de desembolso será causa de exclusión del socio moroso...», así como el art. 31.1, h), relativo a la competencia sobre exclusión de socios, que reserva este tipo de exclusión al órgano de administración.

²² Las letras y números son nuestros.

²³ Con carácter general sobre este concepto y tipos de entidades, v. Cano López (2002; 2010), Alfonso Sánchez (2010; 2016), Paniagua Zurera (2011; 2015).

²⁴ Cfr. los arts. 4 y 5 de la *Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social* (LES), para comprobar, respectivamente, cuáles son los *principios «orientadores»* de la llamada economía social y qué *entidades* la integran o pueden ser incluidas en ella.

compatibilidad no basta con ser genérico sino que debe ser individualizado, pues no siempre cada concreta sociedad laboral se adaptará del mismo modo a las pautas que conforman ese tipo de economía²⁵. Ello exige estar al caso específico para poder evaluar adecuadamente esa compatibilidad entre las distintas normativas concurrentes (LSC y LSLP), es decir, en esa ponderación deberá atenderse no sólo al diseño legal sino también, y en especial, a la particular configuración estatutaria y al funcionamiento real de la sociedad laboral para verificar el ajuste en mayor o menor medida a los proclamados principios definidores de la economía social (un género de economía en la que, legalmente, se produce una inclusión *in integrum* de las sociedades laborales, sin perjuicio de su valoración particular) y, por ende, la mayor o menor distancia jurídica con la normativa general destinada a ordenar las sociedades de capital sobre las que se sustentan las sociedades laborales.

Así las cosas, desde una perspectiva general, *a priori*, ese juicio de compatibilidad entre las reglas de la LSLP y las de la LSC en el ámbito de la exclusión de socios, en nuestra opinión, pone sobre la mesa una serie de cuestiones, a saber:

a) Nada obsta para que sea de aplicación a las sociedades laborales *la causa relativa al incumplimiento voluntario de la obligación de realizar prestaciones accesorias* contemplada en el art. 350 LSC *ab initio*, un supuesto que sería de aplicación directa en los casos en que se previeren las prestaciones accesorias respecto de las acciones o participaciones de clase general, algo

²⁵ Basta comprobar los cinco principios enunciados en el referido art. 4 LES y cotejarlos con los diferentes tipos de entidades que integran legalmente la economía social *ex* art. 5 LES para advertir que no hay plena coincidencia respecto de los principios entre esas diferentes entidades (de hecho, el apdo. 3.º de este último artículo declara expresamente que cada una de estas distintas entidades «se regularán por sus normas sustantivas específicas»), de ahí que los principios simplemente se tomen como referentes genéricos orientativos para ese colectivo de entidades de la economía social, pero no se precisa en modo alguno que concurran completamente ni en el mismo grado en cada una de ellas (p. ej., en el caso de las sociedades laborales el respeto de —o la adecuación/ajuste a— los principios concretados en las letras a] y b] del art. 4 son siempre relativos). Dependerá, pues, de cada caso concreto de sociedad laboral la comprobación de si hay una adaptación mayor o menor a esos declarados principios y filosofía de la economía social, en atención no sólo al régimen estatutario sino también, especialmente, al funcionamiento habitual de la sociedad y sus socios.

que puede ocurrir perfectamente²⁶, pues lo único que exige la LSLP entre ambas clases de fracciones del capital social es que confieran los mismos derechos económicos, ya que no hace alusión alguna respecto de igualdad de obligaciones (cfr. art. 5.1). Lo habitual es que no existan este tipo de obligaciones si su objeto consistiere en la prestación de industria por cuenta de la sociedad, ya que en ese caso lo normal sería la configuración (o, en su caso, «conversión», si la SA o la SL nacieron aún sin aspiración de devenir laborales) del vínculo societario como uno laboral, para acabar integrándose dentro de la clase laboral²⁷. Pero, en todo caso, podrían preverse distintos tipos de prestaciones accesorias (de dar, hacer o no hacer) y, entonces, sería plenamente aplicable el art. 350 LSC en los términos allí establecidos. Si bien, dado que el incumplimiento voluntario de realizar prestaciones accesorias supondría un daño para la sociedad laboral, el supuesto guarda cierta similitud con el primer supuesto del art. 16.3 LSLP, si bien no se podría subsumir dentro de él por la exigencia de la LSLP de un pronunciamiento judicial firme²⁸.

²⁶ En este sentido, el art. 86.3 LSC prevé la posibilidad estatutaria de preverlas «con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios o vincular la obligación de realizar las prestaciones accesorias a la titularidad de una o varias participaciones sociales o acciones concretamente determinadas».

²⁷ Sin embargo, no puede descartarse que respecto de algún o algunos socios se padece que su prestación de trabajo se articulará jurídicamente mediante la técnica de las prestaciones accesorias, de ese modo como éstas pueden prever su régimen como se estime oportuno, las acciones serían de clase general y, de facto, la sociedad estaría más aún en poder de quienes prestan su industria en favor de la sociedad laboral.

²⁸ De otra parte, también difieren en el modo en que se concibe la actividad base susceptible de provocar la exclusión, porque el art. 16.3 se refiere sólo a actividades susceptibles de causar perjuicios, sin más, mientras que el art. 350 LSC impone que el incumplimiento tenga un origen voluntario (v. también el art. 89.2), es decir, que se actúe con mala fe o con culpa (la culpa denota la voluntad de no guardar le cuidado debido para evitar un daño, ya que el hecho sea dañino depende de la observancia de la cuidado debido, que sólo voluntariamente puede ser cumplido o no, de modo que, salvo el caso fortuito y la fuerza mayor, el resto de incumplimientos son voluntarios en tanto que imputables a título de dolo [se puede estimar que la culpa grave está incluido en él, *culpa lata dolo aequiparatur*] o culpa *stricto sensu* (v., en este sentido, entre otros, Ávila Navarro [1996], Bonardell Lenzano & Cabanas Trejo [1998], Pérez Rodríguez [2013], Valpuesta Gastaminza [2013]). alguna doctrina (Martínez Nadal [1997]) se plantea si los casos de culpa leve y levísima podrían ser considerados involuntarios, remitiéndose al enjuiciamiento del caso concreto (creemos que, con buena intención, es una solución que busca conciliar la equidad en la confección de esta causa de exclusión), si

b) El art. 16.3 LSLP contempla un supuesto de exclusión tanto subjetiva como objetivamente más amplio que el previsto en el art. 350 LSC *in fine*, es decir, *la causa de exclusión relativa al socio administrador por sus actos perjudiciales a los intereses sociales en virtud de sentencia judicial firme*. Por lo que, en nuestra opinión, la última causa de la LSC debe estimarse subsumible dentro de aquélla, dada su preferente aplicación.

Desde una perspectiva subjetiva, la LSC ha limitado la exclusión a aquellos socios que además ostenten el cargo de administradores, quizá sea por entender que son los socios que más fácilmente tienen posibilidades de causar lesiones patrimoniales en las sociedades limitadas, mientras que el resto de socios difícilmente, *a priori*, pueden provocar daños que sean dignos de comportar legalmente su exclusión más allá de aquellos anejos o derivados del incumplimiento de las obligaciones a su cargo²⁹. Sin embargo, en una sociedad laboral³⁰ se opta por extender esa misma causa a

bien no debe olvidarse que la causa de exclusión es extrajudicial y el juez sólo se pronunciaría sobre esta cuestión cuando fuera muy tarde, salvo que se implantaran unas oportunas medidas cautelares tendentes a conjurar eventuales abusos). El art. 16.3 LSLP no se pronuncia sobre la voluntariedad o no de la actividad dañina, por lo que habrá de estarse a los criterios generales de imputación de responsabilidad civil de daños y perjuicios para ampliar el espectro de actividades susceptibles de provocar la exclusión en las sociedades laborales. En otras palabras, la LSLP no requiere intencionalidad alguna para excluir a los socios que damnifiquen a la sociedad laboral (como se indicó antes, critica esta circunstancia Alfonso Sánchez [2017]), lo que supone un mayor grado de rigurosidad y exigibilidad para los miembros de la sociedad laboral, ello les obligará a ser diligentes en la preservación de los intereses de la sociedad a la que pertenecen, si bien, no debe olvidarse que la exclusión es una medida facultativa de la sociedad y, por tanto, resulta difícil creer que se adoptare esa decisión de expulsión en los casos de culpa leve o levísima.

²⁹ Que básicamente son dos, la de aportación de capital y la eventual obligación de realizar prestaciones accesorias. Siempre pensando en las SRL, el incumplimiento de esa primera obligación se conjura mediante la imposición del desembolso íntegro del capital suscrito, mientras que el de la segunda obligación se trata de disuadir mediante la previsión como causa generalizada de exclusión para todos aquellos socios que tengan a su cargo ese tipo de obligaciones sociales.

³⁰ Estimamos que ello es en virtud de ese fuerte componente de solidaridad entre miembros y la vocación social de ayuda y realización del acceso de los trabajadores al gobierno y medios de producción que está presente en (o singulariza *ex lege* a) las sociedades laborales. Y que, ya sea según su tamaño o ya en atención al modo preferido de estructurarse internamente entre los socios, tendrá un carácter más cerrado (por lo que, normalmente acudirá a la SRL como substrato jurídico) o menos (lo que motivará, entre otras razones, el recurso a la SA). Si bien la poliva-

todos los socios, no sólo a quienes administren la sociedad. Se impone la regla especial, obviamente, en este caso. La *ratio* de esa mayor amplitud subjetiva quizá sea que todos los socios de la sociedad laboral, *prima facie*, se comprometen a formar parte de una entidad cuya finalidad no descansa *stricto sensu* en la exaltación del capital sino que persigue la primacía personal y un alcance más social. Creemos que es esa primacía de la persona del socio la que puede justificar esa mayor exigencia de corrección por parte de todos los socios, no sólo de los socios gestores, como sucedería en las SRL «no laborales». Todos los socios de la sociedad laboral, por tanto, con independencia de si la forma de sociedad de capital elegida como soporte sea una SRL o una SA, deben velar por el mantenimiento de esa singular entidad de economía social que es la sociedad laboral, ponerla en riesgo patrimonialmente y damnificarla vendría a justificar la previsión de una causa de exclusión más exigente subjetivamente que en las SRL y SA ordinarias, que en última instancia, por mor de una función de no tan marcado social, permiten que la empresa se nuclee más estructural y funcionalmente sobre el capital.

Desde una perspectiva objetiva, la LSC ha limitado la exclusión de los socios administradores sólo por actividades declaradas judicialmente perjudiciales, si bien ello sólo se admite respecto de actos que fueren contrarios a la LSC, a los estatutos o realizados sin la debida diligencia. En cambio la LSLP no establece limitación alguna al tipo de actividades susceptibles de generar daños y perjuicios a la sociedad laboral, es decir, basta que concurren los presupuestos mínimos de exigencia de responsabilidad contractual o extracontractual. Es más exigente está última también en este aspecto objetivo. Reiteramos que nos parece que la razón es la ya indicada: el mayor compromiso del socio de una sociedad laboral con un especial fin y función no tan capitalistas, sino que son más distributivos de la riqueza así como más sociales y solidarios. Eso explicaría, en nuestra opinión, la considerable amplitud de la exclusión del socio por daños a la sociedad laboral, mientras que la SRL ordinaria parece indicar que sólo tendría la acción para excluirle si se declara judicialmente su responsabilidad por daños, lo que exigiría que la actuación u omisión causantes del daño a la entidad supusiere la contravención de los criterios impuestos por la LSC como requisitos de responsabilidad del órgano de administración, únicos

lencia funcional de sendas formas sociales permitirían a los socios de una sociedad laboral servirse de una u otra de las dos formas de sociedades de capital en función de cuáles sean su estructura, alcance e intereses sociales a los que aspira, no sólo inmediatos sino también más mediatos.

susceptibles de fundamentar la exclusión del socio administrador³¹. El socio administrador se supone que es investido en ese cargo en virtud de su propio capital o, si éste fuere insuficiente al efecto, conjuntamente con el apoyo de otros socios, por ello sólo si hay daños sociales vinculados al incumplimiento de las reglas sociales que debe observar sería susceptible de ser no ya cesado como administrador, sino, más aún, de ser excluido como miembro de la SRL.

Otra aspecto conflictivo vinculado con esta causa de exclusión es la cuestión de en qué medida resulte coherente que las SALL o las SLL, si nos atenemos a la aplicación preferente de la LSLP y subsidiariamente compatible de la LSC, deban tener un distinto tratamiento en relación con esta causa de exclusión por actos perjudiciales a los intereses sociales, cuya diferencia de contenido ya ha sido indicado. De suerte que, como ya que se ha apuntado, en el caso de las SLL la exclusión podría ser exigible tanto por su condición de socio (*ex art. 16.3 LSLP*) como por su condición de administrador (*art. 350 LSC*), mientras que en las SALL sólo sería posible en virtud de su condición de accionista³². Estimamos que la amplitud de los términos del *art. 16.3 LSLP*, referido a los socios en general, subsume en su seno, tanto subjetiva como objetivamente, la causa contemplada por el *art. 350 in fine LSC*, es decir, si puede ser excluido por ser en tanto que socio por actos perjudiciales y da igual el motivo por el que se generen esos perjuicios, también será irrelevante que se pueda excluir en la SRL por ambas causas como en la LSA por una sola, puesto que lo importante a efectos de la exclusión no es ostentar un cargo social determinado o no, lo relevante para poder excluir al socio administrador en la LSC es que sea socio, los administradores *per se* sólo pueden ser cesados en su cargo. Por lo que creemos que el tratamiento es idéntico en ambas formas sociales merced a la aplicación indiferenciada y preferente del *art. 16.3 LSLP* sobre la LSC.

³¹ Aunque la exigencia de actuación como un ordenado empresario y representante leal permite hacer que, de hecho, la actividad transgresora susceptible de producir daños a la sociedad sea de cualquier naturaleza, salvo las que no respondieren al menos a culpa. No creemos que, en sede del *art. 16.3 LSLP*, se llevare a cabo una exclusión por daños no imputables al menos por culpa al socio concernido. Pese al tenor de la norma.

³² V., en este sentido, Alfonso Sánchez (2017), quien afirma la incoherencia del legislador al permitir esa situación, pues comporta una diferencia de tratamiento que, en su opinión, «no responde a una motivación objetiva apreciable y... debería ser revisado».

c) Por último, *la causa de exclusión de que el socio administrador vulnere la prohibición de competencia* también nos parece compatible con la LSLP, esa prohibición es predicable de los administradores de las sociedades laborales en los mismos términos previstos en la LSC, dado que ésta normativa no contiene norma alguna y no hay motivo teleológico que lo impida. Pero en todo caso, dado que la *ratio* es evitar el perjuicio a la sociedad cuando ésta no consiente la concurrencia de los socios administradores lo mismo puede afirmarse de los socios administradores de la sociedad laboral. Pero, según creemos, respecto de esta causa de exclusión se ha tener en cuenta que el art. 5, d) del *R. D. Leg. 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores* (en adelante, ET) establece entre los deberes laborales básicos de todos los trabajadores (con contrato indefinido o no) «no concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta Ley»³³. Es decir, sobre todos los socios trabajadores de las sociedades laborales también pesa una prohibición de competencia desleal, a tenor de la normativa laboral del ET. Ello sin perjuicio de que ostentaren o no el cargo de administrador. Así las cosas, estimamos que este supuesto de exclusión del artículo 350 que ahora contemplamos es aplicable, sin duda a los socios administradores de las sociedades laborales (que podrían ser tanto titulares de acciones de clase laboral como general), y, también estaría subsumido en la descripción legal de la causa de actividades perjudiciales a la sociedad laboral, si no fuera porque en esta causa se exige previo pronunciamiento judicial para poder acordar o no la exclusión del socio dañino. Quizá cupiere entender aplicable esta segunda causa del art. 350 (y, por ende, permitir que se acuerde su exclusión sin necesidad del requerimiento previo de una sentencia judicial firme como exige el art. 16.3 LSLP, sino que podría obtenerse *a posteriori*) respecto de todos los socios trabajadores que no hayan sido dispensados de esa misma prohibición, se trata de una interpretación compatible, según creemos, con los funciones sociales que se promueven en la sociedad laboral, que pretende reconocer el poder de la entidad para poder expulsar de su seno a quienes la dañan (o, como es el supuesto *ex* art. 350 ahora analizado, que pueden potencialmente dañarla), en definitiva, ponerla en dificultades, ya

³³ El art. 5.d) ET se remite a otras disposiciones del mismo, en concreto el art. 21.1 prohíbe la competencia del trabajador con su empleador cuando al hacerlo incurrir en competencia desleal, sobre los requisitos exigidos al efecto por la jurisprudencia nos remitimos, entre otras, a dos resoluciones judiciales del orden social: la STS núm. 1751/1991, de 22 de marzo y la STSJ-Madrid núm. 2327/1991, de 23 de marzo.

que la vulneración de la prohibición de competencia pondría en peligro un singular proyecto societario basado en una especial solidaridad y fines de economía social, dignos de promoción y tutela por los poderes públicos, que son los que caracterizan a este subtipo de sociedades de capital. Con todo, somos conscientes de que la construcción puede parecer inaceptable e, incluso, inviable a la luz de la exigencia del requisito de ser socio *administrador* que establece el art. 350 LSC³⁴, pero de nuevo aquí debe hacerse una aplicación analógica de esta norma, que justificaría ampliar subjetivamente extramuros la aplicación de la causa específica del art. 16.3 LSLP, y conciliarlo con el supuesto ahora tratado del art. 350 LSC, respecto de todos los socios trabajadores de la sociedad laboral que tengan esa prohibición de concurrir deslealmente con la entidad. De este modo se agiliza la posible exclusión de un socio desleal que causa graves daños a la sociedad por esa vía de una concurrencia inadmisibles. No sería preciso esperar al trámite de declaración judicial firme, siempre cabría al socio afectado, para evitar abusos de la JG, solicitar medidas cautelares contra ese acuerdo de exclusión para que no sea ejecutivo hasta que finalice la fase judicial. Por tanto, lo reiteramos, sabemos que se trata de una propuesta teóricamente inadmisibles para muchos operadores jurídicos (especialmente en el ámbito mercantil, donde se aferran contumazmente a la letra de la Ley) pero que estimamos viable y justificada teleológicamente a la luz de la singularidad del subtipo sociedad laboral. Además el régimen enteramente aplicable a las sociedades laborales no se produce bajo el exclusivo procedimiento de prioridad o jerarquía de la norma especial sobre la general, sino también la de compatibilidad horizontal entre normativas, que legitima a interpretar las normas generales del modo que sea más adecuado a los fines de política jurídica que se crean más dignos de promoción y tutela en cada supuesto de hecho.

³⁴ A favor también de que el recurso a la analogía sea admisible en sede de exclusión de socios, v. Framiñán Santas (2005), quien postula la posibilidad de aplicar analógicamente esta causa respecto de los socios no administradores que, de hecho, dominen la sociedad. En contra, del empleo del procedimiento analógico respecto de la exclusión, y, por tanto, también respecto de este supuesto, v. Sánchez Ruiz (2006).

2. Causas Estatutarias

2.1. Contenido, límites y posibilidades

La LSLP no contiene norma alguna relativa a las posibilidad de introducción de causas convencionales por vía estatutaria, por lo que habrá de estarse a lo establecido en la LSC al respecto. En concreto el ya mencionado art. 351 LSC se refiere a este tipo de causas así: «En las sociedades de capital, con el *consentimiento* de todos los socios, podrán incorporarse a los estatutos causas *determinadas* de exclusión o modificarse o suprimirse las que figurasen en ellos con anterioridad»³⁵.

Una vez abordada la cuestión de que las causas estatutarias se refieren explícitamente a las sociedades de capital, no sólo a las limitadas como hace el art. 350³⁶, sólo resta abordar dos cuestiones en esta sede: de un lado, las condiciones para poder se introducidas, alteradas o extinguidas esta clase de causas, ya sean de carácter más sustantivo, ya de naturaleza procedimental y, de otro lado, su contenido o tipología.

Por lo que respecta a la delimitación sustantiva de las causas estatutarias de exclusión, el art. 351 sólo impone que se traten de «causas *determinadas*» como *condictio sine quae non* «para que se puedan incorporar». A qué signifique exactamente ese término poco añade el art. 207.1 RRM, que se limita al empleo de términos sinónimos (pues prescribe que la determinación de deberá hacerse «concreta y precisamente»). Parece que la exigencia se asocia a la finalidad de evitar el riesgo que tendrían para los eventuales socios afectados por ellas, ya que el uso de expresiones genéricas sería susceptible de causar inseguridad jurídica y, por ende, indefensión, porque se podría incurrir en un abuso por parte de aquellos socios que propicien, insten y acuerden la exclusión del socio o socios concernidos por ellas³⁷. Quizá la prevención de precisión en la tipificación de las causas, además,

³⁵ La cursiva es nuestra.

³⁶ Aunque creemos que también cabe su aplicación respecto de SA personalizadas estatutariamente, es decir, que demuestren su carácter cerrado. A favor también de que el recurso a la analogía sea admisible en sede de exclusión de socios, v. Framiñán Santas (2005); en contra, v. Sánchez Ruiz (2006).

Sobre el recurso a la analogía en sede de sociedades de estructura corporativa, para ver un mayor detalle bibliográfico y de nuestra opinión, v. Martínez Segovia (2003).

³⁷ En parecido sentido sobre el fundamento de la exigencia de determinación, v. Emparanza (2011), quien, sin embargo, no admite el empleo de cláusulas generales, por esa razón precisamente.

se explique por el modo en que está configuradas la causas legales tanto en sede de LSLP como LSC³⁸, pero dado que siempre cabe un último control judicial³⁹ no debe temerse el empleo de expresiones con contornos más o menos genéricos⁴⁰, basta con ser consciente de lo que quieren significar *grosso modo* para un estándar mínimo de *comprensión* a la vista del fin social perseguido⁴¹, para cuya eficacia sería aconsejable la enunciación de varios supuestos como ejemplo de esa causa genérica.

De otra parte, respecto del *contenido o tipología de supuestos estatutarios de exclusión* de socios en las sociedades laborales, la doctrina se hace eco de la posibilidad ya apuntada en sede de sociedades de capital⁴² de extender la exclusión más allá de los incumplimientos voluntarios, también a casos de imposibilidad objetiva⁴³. De hecho se apunta que, al amparo del art. 9.2 LSLP que se remite a la autonomía estatutaria, deberían preverse como supuestos de exclusión algunas circunstancias que atañen eventualmente al trabajador, como la jubilación, incapacidad permanente, excedencia y la subrogación legal o convencional⁴⁴. Creemos que dado el tenor del art.

³⁸ Cualquiera puede entender cuándo se vulnera las normativa sobre transmisión de acciones o participaciones, se dañan los intereses sociales o se incumple una obligación determinada.

³⁹ Esa intervención judicial es un presupuesto insoslayable de algunas de las diversas causas legales de exclusión en la LSLP y LSC.

⁴⁰ Nos recuerdan Uría & Menéndez & Iglesias Prada (2006) y Alfonso Sánchez (2017) que la RDGRN de 8 de julio de 1999 partía de la consideración del *orden público*, otra cláusula indeterminada a su vez, como límite a la libertad para introducir nuevas causas de exclusión. En esa resolución se inadmitía, sobre la base del límite apenas indicado, el embargo de las participaciones del socio y la adquisición de participaciones mediante algún procedimiento ejecutivo.

⁴¹ La doctrina más atenta al estudio de la exclusión es favorable a esta posibilidad, v., entre otros, Alfaro Águila-Real (1996), Pérez Rodríguez (2003, 2017), Framiñán Santas (2005), Sánchez Ruiz (2006).

⁴² V., para una relación detallada tanto de los posibles motivos como de la doctrina en pro y en contra de ello, Pérez Rodríguez (2013).

⁴³ Se trataría de casos ajenos a la voluntariedad del sujeto, es decir, motivados por hechos extraños al dolo y a la culpa del socio afectado, en los que por inimputabilidad alguna, en principio, salvo regla específica que así lo previere, no hay responsabilidad alguna, del tipo que sea, al respecto.

⁴⁴ En este sentido, v. Sánchez Ruiz (2016) entiende que su configuración como causas de exclusión vendría a «evitar el automatismo de la obligación de venta forzosa prevista en el apartado anterior de ese mismo precepto y limitar el alcance del derecho de rescate o adquisición preferente reconocido a los sujetos enumerados en el artículo 6.2 LSLP». Además, añade que ello requerirá un acuerdo de la Junta General sobre la exclusión, por considerarlo imprescindible para estar en presen-

9.2 aunque el procedimiento del apdo. 1.º ya garantiza que puedan ser excluidos por la sociedad si ésta así lo estima oportuno, lo que se pretende con este apdo. 2.º es sugerir dar a esos casos una regulación similar a la de la denominada baja obligatoria en la legislación cooperativa, por tratarse de causas de finalización de la relación laboral que no son imputables en modo alguno al socio trabajador⁴⁵.

Una última cuestión sería si cabe la posibilidad de que vía estatutaria puedan ser derogadas las causas legales previstas tanto en la LSLP como en la LSC, esto es, si se trata de normas imperativas o no. La diferencia de opiniones en sede general de sociedades de capital «ordinarias» o «no laborales» es favorable a su posibilidad⁴⁶.

Creemos, efectivamente, que el régimen de exclusión puede ser modificado y derogado *ad libitum*, si así se desea *por parte de todos los socios*. Basta que haya un socio que sea resistente a ello para que no sea posible derogar o modificar el régimen legal, ya que se verían alterados sus derechos tanto de poder participar e influir en la determinación de la voluntad social tendente a la exclusión de un consocio, como, asimismo y sobre todo, el de poder decidir que nadie debe permanecer a toda costa en la sociedad, de suerte que sólo cupiere la vía de la disolución para que el resto de socios quieran desembarazarse del socio problemático. Por el contrario, si ningún socio objeta o veta la derogación de las causas legales se vendría a asegurar y consolidar el derecho a mantenerse en la sociedad (de todos los socios: mayoritarios, minoritarios y *uti singuli*) a pesar de cuanto pueda ha-

cia de la figura de la exclusión. Ya expresamos con anterioridad nuestra discrepancia con la autora sobre la naturaleza de los casos del art. 9 LSLP, nos remitimos a ello. Por lo demás, estamos de acuerdo que estas circunstancias se contemplen como se estime más oportuno en los estatutos por cada sociedad laboral.

⁴⁵ Es ese carácter involuntario de estos supuestos, que supondría entrar en situaciones de imposibilidad devenida para cumplir con las obligaciones a su cargo, lo que motivó la introducción de la figura de la baja obligatoria del socio en las sociedades cooperativas, mientras que en el resto de formas sociales a estos casos se les incluye en el instituto de la exclusión. Sobre cómo se regula la baja obligatoria en atención a la consideración de estos supuestos justificados de pérdida de la condición de socio, basta mirar cualquier ley cooperativa para comprobarlo, v., p. ej., el art. 17.5 LCEstado.

⁴⁶ Así, entre otros, Alfaro Águila-Real (1996), Martínez Jiménez (1997), Emparanza (2013), Pérez Rodríguez (2013); en contra, García Villaverde (1977), Ávila Navarro (1996), Framiñán Santas (2005). En contra, pon considerarse derecho imperativo, Uría & Menéndez & Iglesias Prada (2006) o, recientemente y con ocasión de su comentario a este aspecto de la LSLP, Alfonso Sánchez (2017).

cer u ocurrirle⁴⁷. En todo caso, si se diere una derogación de las causas legales de socios éstas tendrían la respuestas previstas estatutariamente, esto es, estaríamos ante otras vías diferentes de reacción jurídica contra las conductas constitutivas legalmente de exclusión (p. ej., exigencia de daños y perjuicios, suspensión de ciertos derechos durante un cierto tiempo, etc.).

Si se piensa que ello no es lo acertado se estaría a favor de una actitud paternalista, que quizá fuera justificable porque la figura responde a una finalidad que debería tener acomodo en las distintas formas sociales con mayor o menor amplitud, por supuesto, pero también es cierto que impedir la validez de una cláusula de ese orden tomada por la totalidad de los socios supondría una privación del reconocido principio de autonomía de voluntad concedido a los socios para resolver sus conflictos como creyeren más conveniente a sus respectivos intereses, sin más límites que la Ley, la moral y el orden público (art. 1255 CC)⁴⁸. Pero, en todo caso, si se opta por el mantenimiento de todas o algunas causas de exclusión entonces la técnica debe ser efectiva y asegurar los fines que está llamada a cumplir.

Por todo ello, sin duda alguna, es deseable hacer un traje a medida al respecto a través de las pertinentes cláusulas de los estatutos sociales que decidan del modo que se juzgue más conveniente los conflictos entre los socios y, por mejor decir, entre la sociedad y el socio *uti singuli*⁴⁹.

2.2. Requisito decisorio para su previsión

El artículo 16 apdo. 3.º no establece expresamente nada al respecto, la LSC sí lo hace: *la necesaria aprobación por unanimidad de los socios* para que tenga lugar cualquier introducción, alteración y extinción de las causas

⁴⁷ El desdén por el instituto de la exclusión en caso de su derogación con la anuencia de todos los socios, incluso de aquellos que tengan una participación poco significativa en el capital social, es que los minoritarios y el socio *uti singuli* no podrán hacer nada para deshacerse de los socios mayoritarios cuando incurran en alguna de las causas legales o, en su caso, estatutarias de exclusión. Mientras que los mayoritarios siempre podrían recurrir a la disolución para «hacerse con la empresa social», vía liquidación.

⁴⁸ Ese límite legal se refiere en general a cualquier ley y en especial a la LSC, cuyos límites serían sus normas imperativas y, por último, sus denominados «principios configuradores del tipo social elegido» (cfr. art. 28).

⁴⁹ En este sentido, pero siempre desde la consideración del mantenimiento de las cláusulas de exclusión y su conveniente adaptación al caso concreto, v. Sánchez Ruiz (2016) y Alfonso Sánchez (2017).

estatutarias. Por supuesto, en nuestra opinión, esta misma regla procedimental sería la aplicable para la modificación o derogación de las causas legales de exclusión.

Es un requisito que salvaguarda al socio de manera individual, le preserva con independencia del capital suscrito. Y contribuye a la percepción de que la exclusión no es una técnica jurídica fácilmente compatible con todos los tipos sociales, pues mientras que en algunos casos se concibe inadmisibles su ampliación sin acuerdo expreso y unánime de los socios en la SRL y SA, en otras formas sociales, como, p. ej., las sociedades cooperativas o las sociedades de garantía recíproca, no es preciso observar la unanimidad.

Al hilo de lo indicado en el epígrafe precedente, debe decirse que el poder de exclusión favorece y preserva a quienes sean leales al fin social, por eso quizá también aquellos socios más potencialmente desleales estarían a favor de promover su alteración o derogación, ante el riesgo de verse privado de su condición. La institución de la exclusión se concibe para evitar los costes disolutorios ante los conflictos intrasocietarios, pero puede, por tanto, darse la posibilidad de que en algún proyecto societario no se quiera esta técnica, por alguna de las razones apuntadas (la expropiación del control de la empresa, el derecho de permanencia, etc.). En cualquier caso, si el pacto estatutario es por unanimidad poco cabe que añadir al respecto, será lo que los socios mejor estimen para sí mismos.

III. PROCEDIMIENTO DE EXCLUSIÓN

La LSLP contempla en su art. 16.4 una alusión al procedimiento de exclusión (al referirse al derecho del socio excluido a percibir el derecho del valor de sus acciones o participaciones, pues establece que el plazo de su ejercicio comenzará a partir «del *acuerdo de la Junta General* por el que se decide la exclusión del socio, o de la notificación de la *resolución judicial firme* dictada al respecto»). Lo que ya indica la existencia de dos modalidades procedimentales: extrajudicial y judicial.

Más allá de esta alusión, el entero régimen aplicable hay que buscarlo en la LSC, en general en las normas relativas al procedimiento de la junta para adopción de acuerdos previsto en los artículos del Título V de la LSC y, en especial o con prioridad, en su art. 352, que se refiere al órgano competente para adoptar el acuerdo de exclusión, al acta que recoja ese acuerdo, a las especiales garantías judiciales respecto de socios con un participación significativa en el capital social y, por último, en su caso, a la legitimación para ejercitar la acción de exclusión en nombre de la sociedad,

1. La titularidad del poder de exclusión y sus consecuencias

El apdo. 1.º del art. 352 establece que «la exclusión requerirá acuerdo de la junta general». La expresión «requerirá» invita a pensar, ya *prima facie*, que haya de ser la Junta General necesariamente quien deba adoptar el acuerdo de exclusión, lo que no sólo parece razonable, dado que lo habitual es que sean los socios quienes se pronuncien reunidos en Junta General sobre la exclusión o no de otros consocios, sino que, sobre todo, ello parece resultar preceptivo en virtud de la configuración del sistema legal de reparto competencial entre órganos sociales, una distribución de poderes que debe respetarse a tenor del modo en que está concebida y prevista por la propia Ley⁵⁰, que al hacerlo se dice que recurre al empleo de lista expresa de competencias (contenidas en el art. 160, letras a hasta i LSC) y otra implícita (v. letra j, que hace remisión a otras que le sean también atribuidas a la JG de forma explícita en la LSC u otras leyes)⁵¹. En este caso de la exclusión de socios el art. 352 atribuye la competencia inequívocamente a la JG e, incluso, otros artículos de la LSC presuponen que la titularidad del poder de exclusión sea de la JG (cfr. art. 190.1, letra b, sobre abstención de voto del socio en los casos de exclusión de socios). No es esta, sin embargo, la opinión de toda la doctrina, ya que hay autores que, no sin razones livianas, defienden la posibilidad de derogar la com-

⁵⁰ V., art. 160 LSC que tras hacer un elenco de competencias de la junta general, acaba añadiendo en su letra j) «cualesquiera otros asuntos que atribuya la Ley o los estatutos». V., por todos, Esteban Velasco (1982, 1996, 2016), que destaca cómo el legislador al determinar las competencias de la JG considera incluidas todas las previstas por él mismo salvo que consienta su atribución estatutaria al otro órgano social.

⁵¹ En estos términos, sobre sendas listas de competencias, v. Esteban Velasco (2016). Quizá esta distinción entre listas expresas e implícitas pueda ser algo ambigua y se preste a interpretaciones interesadas, puesto que la expresión implícita parece dar a entender para algunos autores como que esas otras disposiciones legales podrían conferir o no una competencia determinada a la JG, es decir, que depende de la interpretación del operador jurídico deducirla o no del tenor del artículo concreto, cuando no es así porque se lleva a cabo un pronunciamiento explícito de atribución competencial en favor de la JG. Por otro lado, evidentemente, no se puede proceder a hacer un elenco exhaustivo en un solo artículo de todas y cada una de las competencias que ostenta la JG, basta con incluir las más significativas y/o tradicionales, sin que el resto sean por ello irrelevantes, sino que, al contrario, son igualmente importantes, sólo que se confieren expresamente al órgano de los socios al hilo del tratamiento específico de otros aspectos del régimen jurídico de la concreta forma social.

petencia de la JG en sede de exclusión⁵². Sin embargo, entendemos que esa derogación estatutaria en materia de titularidad del poder de exclusión podría vaciar de sentido todo el instituto, pensado, como neta alternativa a la disolución de la entidad, para deshacerse de aquellos socios que no contribuyan a la consecución del fin social, lo perturben o dificulten por razones no baladíes sino de menos o mayor gravedad e, incluso, lo impidan. Además, debe tenerse en cuenta, que la atribución de la titularidad del poder de exclusión conlleva un procedimiento legal que garantiza un eficaz ejercicio de ese poder y que su sentido sea posible, porque cualquier socio tendría, como mínimo, la facultad de instar internamente ante el órgano soberano la exclusión de otro u otros socios, con independencia del capital suscrito por cada uno, mientras que en caso de que se atribuyere a otro órgano eso no sería factible.

En caso de conferir estatutariamente al órgano de administración en estas causas legales, el socio mayoritario, que bien normalmente sería administrador o bien determinaría quien lo fuera, restaría siempre en la sociedad, de suerte que le convendría esa atribución de la competencia a los administradores, en perjuicio del socio minoritario, respecto del que la figura devendría ineficaz⁵³. Se podría alegar que ese sistema se daría porque todos los socios así lo han establecido, pero debe pensarse en el momento de su inclusión para valorar a quien favorece no ya en apariencia sino en realidad y, asimismo, en qué forma se ha producido el voto de los socios minoritarios o *uti singuli* considerados, que podrían perfectamente vistos forzados a asumir ese modelo ante el temor de no entrar en la sociedad o, incluso, a quedar «señalados» mientras estén en el seno de la sociedad.

⁵² V., en especial y haciéndose eco de la construcción germana al respecto, Troncoso Reigada (2008), quien defiende, pese al tenor literal del artículo, el carácter positivo de la norma, por entender que regula una materia que afecta a los socios, sin que hayan límites de afectación de terceros ni de orden público concurrentes al efecto que lo impidan. Otros autores del mismo parecer son Alfaro Águila-Real (1996), Costas Comesaña (1999) o Pérez Rodríguez (2013).

⁵³ Imagínese que pudiese pactarse, siempre de consuno todos los socios, un régimen alternativo al legal y que no se reparare en que el socio o los socios mayoritarios pueden alterar aspectos del régimen jurídico de la sociedad que dejen en nada las bases tenidas en cuenta al concebir la derogación del régimen legal por parte de los socios absoluta o relativamente minoritarios (p. ej., se prevé un consejo de administración y luego se varía por la mayoría a otra modalidad organizativa que haga inútil la técnica de la exclusión).

Con todo, si se pudiere aventurar una derogación estatutaria de la competencia para acordar la exclusión (o, incluso, una posible delegación de esa facultad de la JG) en favor del órgano de administración, cuando menos debe observarse obligatoriamente la eventual participación de la JG, al menos en última instancia, y la adopción del acuerdo que la LSC exige a éste órgano social siempre que así lo demandare el socio afectado y descontento con la decisión del órgano de administración estatutariamente competente, esto es, se trataría de un modo de asegurar los derechos de todo socio, garantizar la eficacia real o práctica de la figura de la exclusión, si no se quiere incurrir en algunos casos en resultados de difícil, por no decir imposible, justificación.

De todos modos, lo que no cabe olvidar es que el legislador si establece expresamente un reparto competencial se debe estar al mismo, pues esa distribución competencial forma parte del orden público societario. De hecho, como se apuntó, en esta materia de exclusión el legislador ha dictado explícitamente en cada caso qué órgano social debe (o, en su caso, podría) determinar la voluntad de exclusión o no de un socio⁵⁴. En otras palabras, debe estarse en materia de titularidad de la competencia de exclusión a cuanto establezca el legislador, pues no siempre elige el habitual sistema de atribuirlo a la JG y ello no sólo en los casos indicados en la LSC, sino también en otras formas sociales, como las sociedades cooperativas; si bien cuando lo hace ha tratado de articular mecanismos que permitan evitar resultados en la praxis que puedan hacer del instituto de la exclusión una técnica ineficaz de todo punto⁵⁵.

⁵⁴ Como ya se indicó, la LSC opta para el caso de exclusión por falta de desembolso temporáneo de los dividendos pasivos por conferir expresamente la competencia al respecto a los administradores, a fin de que opten bien por exigir el cumplimiento del desembolso pendiente o bien tomar la decisión de venta forzosa de las acciones no liberadas (de modo que si éstas son la totalidad del socio concernido ello le supondría la pérdida de su condición de miembro de la sociedad). Lo mismo puede decirse de la propia LSLP en su art. 9.1 al regular el sistema de transmisión obligatoria de las acciones o participaciones de socios trabajadores que finalicen su relación laboral, ya que la decisión de ejercer o no en última instancia las acciones o participaciones depende del órgano administrativo.

⁵⁵ El legislador no sólo estatal sino también los autonómicos han optado por conferir la competencia sobre exclusión de socios al órgano administrativo y, de hecho, así se ha hecho desde siempre en el ámbito del Derecho de sociedades cooperativas, ya que se reconoce una competencia general e indelegable sobre la expulsión de socios al órgano de administración, aunque luego, para atenuar en sus efectos esa regla, establece la posible revisión de su decisión mediante recurso del socio

Así las cosas, en nuestra opinión, en atención a la trascendencia jurídica del reparto legal de competencias interorgánico, la competencia sobre la exclusión corresponde a la Junta General, pues así resulta del art. 352 *ab initio*, ello no impide que para ciertas causas se conceda, como sucede *ex lege* para el caso de falta de desembolso de los dividendos pasivos, al órgano administrativo. Sin perjuicio de ello, *si se entendiere que cupiese la posibilidad de derogabilidad estatutaria de la competencia de la JG*, no podrá conferirse al órgano de administración esa función si la exclusión afecta a algunos de sus miembros porque se correría el riesgo de autotutela del colectivo de consejeros (y, eso, en el caso de que fueren varios, claro), para la frustración del instituto en estudio. No obstante, *pero siempre bajo la perspectiva de que se considerare que la LSC lo consintiere*, solamente sería admisible la atribución estatutaria unánime⁵⁶ a favor del órgano de administración si el sujeto afectado fuere un socio no administrador y, más aún, si se tratase de una causa verificable objetivamente, notoriamente constatable y que facilitara la eficacia prácticamente directa de la eventual medida de exclusión, de forma análoga a cuanto sucede con los casos de mora de dividendos pasivos o el incumplimiento voluntario de la obligación de realización de prestaciones accesorias, en condiciones de garantía competencial última establecida a favor de la Junta general. En otras palabras, y si nos movemos ya respecto de las posibles causas de exclusión previstas en la LSLP, podría otorgarse esa competencia al órgano de administración para sendas causas legales de exclusión *ex art. 16.1*, esto es, tanto por la infracción de régimen de competencia por parte de los socios trabajadores como por la realización por cualquier socio de actividades perjudiciales declaradas judicialmente. Con todo, si también estatutariamente se quisiera conferir la competencia en relación con esas causas de exclusión cuando sean concernientes a socios administradores en estos casos debería reconocerse la posibilidad de revisión, si el socio afectado así lo estima conveniente, ante la Junta General, por mor de los posibles fraudes o abusos en que seguramente se incurriría por parte de los propios socios administradores afectos

afectado bien ante un órgano creado *ad hoc* (el comité de recursos) bien ante la propia Asamblea (cfr. arts. 18.3,a],c] LCEstado). Algunas leyes autonómicas más recientes permiten que la competencia sea asamblearia, pues establecen la opción de elegir entre el órgano de administración, en principio al que la ley confiere competencia al respecto, o por la Asamblea general (cfr. art. 40.1 LCPAstur, art. 32.1 LCCLMancha).

⁵⁶ No debe olvidarse que ese reparto competencial *ad hoc* siempre sería acordado no por mayoría sino por unanimidad de todos los socios integrantes de la sociedad laboral, tanto los de clase laboral como los de la general.

a una de esas dos causas de exclusión. Como sucede en la legislación cooperativa. De este modo se conjugarían los riesgos apuntados.

2. *Otros aspectos significativos: convocatoria, constitución, audiencia del socio interesado, derecho de voto, adopción de acuerdo y acta de la junta*

A continuación se hará un breve comentario sobre aquellos aspectos más significativos del procedimiento de exclusión, teniendo en cuenta que apenas hay referencias expresas en esta materia en la LSLP. El procedimiento de exclusión (que exigirá, obviamente, la reunión de los socios en JG) se estructura básicamente, por lo que a interesa en este lugar, en los siguientes momentos —o fases— más importantes de la tramitación intra-societaria de la exclusión, que se prevén con carácter general tanto para la SA como la SRL, sin perjuicio de algunas diferencias puntuales de las que se dará cuenta, a saber:

a) *La iniciación del procedimiento*: Además de los propios administradores (art. 166 LSC), a quienes corresponde esa competencia de convocar las JG y, por ende, la facultad de configurar el orden del día con los asuntos a tratar (en nuestro caso, la exclusión de socios), la LSC permite que los socios puedan instarla y/o, en su caso, incluir la exclusión como un asunto a decidir en la JG. En concreto, pueden hacerlo, con carácter general, uno o varios socios que representen el cinco por ciento del capital social (art. 168 pfo. 1.º)⁵⁷; y, en el caso de la SA, se permite que ese mismo porcentaje de accionistas puedan complementar el orden del día anunciado en la convocatoria con otros asuntos a tratar, siempre que se haga dentro de los cinco días siguientes al anuncio de convocatoria (cfr. 172.1).

b) *Constitución de la JG*: Tampoco hay normas expresas al efecto en la LSLP, la LSC establece la concurrencia de capital con derecho a voto para la SA, pero no así para la SL, en la que deberá tenerse por válidamente constituida en atención a si concurre la mayoría de capital social precisa para adoptar o no el acuerdo de exclusión.

c) *Derecho de asistencia y audiencia del interesado*: el socio concernido por la causa de exclusión ostenta, por supuesto, derecho para acudir o no a la JG donde se pretenda acordar su exclusión, a efectos fundamentalmente

⁵⁷ Ese porcentaje permite a cualquier socio de una sociedad laboral en la praxis a poder instar *uti singuli* la convocatoria de la JG para acordar la exclusión.

de participar en las deliberaciones y poder dar su versión de los hechos que se le imputan como constitutivos de su eventual exclusión y, en su caso, aportar pruebas acreditativas del error e/o improcedencia de la causa de exclusión que se le atribuye.

d) *Derecho de voto*: el socio afectado por la causa de exclusión no podrá participar con su voto en la adopción del acuerdo social correspondiente, por existir un expreso conflicto de intereses al efecto (cfr. art. 190 letra b), para la SRL; mientras que para la SA, esa prohibición de votar u obligación de abstención se conecta explícitamente con el régimen de restricción a la transmisión de acciones).

e) *Adopción del correspondiente acuerdo*: Tras las deliberaciones previas y, en su caso, audiencia del socio afectado, se adoptará un acuerdo social al respecto, cuya validez precisará de la obtención de un determinado número de votos, distintos en sede de SA y SRL. Mientras que, de una parte, en la SA no se establece nada al respecto, por lo que debe estarse a la exigencia general *ex* art. 201 LSC de una «mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado»; de otra parte, para la SRL sí que expresamente se fija una mayoría reforzada para la exclusión, en concreto, el voto favorable de, al menos, dos tercios del capital con derecho a voto (art. 201.1). Ello no significa que sea imposible la exclusión de socios con más de un tercio de ese capital, porque, en todo caso, el capital del socio afectado se deduce de la totalidad del capital social a efectos de computar el porcentaje de votos exigible para la adopción del correspondiente acuerdo respecto de la cifra resultante tras esa deducción (v. art. 190.2).

f) *Acta de la junta*: Además del sentido del acuerdo, «el acta de la reunión o en anejo se hará constar la identidad de los socios que hayan votado a favor del acuerdo» (art. 352.1), así como, en caso de exclusión del socio, la causa concreta adoptada (art. 28.1 RRM). Aspectos relevantes en orden a la legitimación para impugnar el acuerdo.

3. *El procedimiento judicial de exclusión*

En el apartado precedente se ha prestado atención al procedimiento «ordinario» de exclusión de socios, el denominado procedimiento extrajudicial, así llamado por oposición a la otra posibilidad procedimental, la exclusión judicial del socio (v. art. 16.4 LSLP). En este caso la exclusión de

socios exige forzosamente un posterior y adicional pronunciamiento judicial al acuerdo social de la JG⁵⁸.

El art. 352.2 establece que el «socio *con participación igual o superior al veinticinco por ciento en el capital* social requerirá, además del acuerdo de la junta general, resolución judicial firme, *siempre que el socio no se conforme con la exclusión acordada*». Son dos los elementos exigidos al socio, de un lado, la suscripción de un porcentaje mínimo del 25 % del capital social⁵⁹, que evidencia que es más costoso expulsar a un socio con una importante fracción de capital suscrita; de otro, su disconformidad con el acuerdo de la JG, por razones obvias.

De otro lado, se prescribe la obvia disconformidad con el acuerdo, de lo contrario la sociedad no lo impugnaría. Así, una vez adoptado el acuerdo en pro de la exclusión del socio corresponde a la sociedad ejercer la necesaria acción judicial con la que poder lograr o no, a la postre, esa resolución firme que ponga fin al procedimiento de exclusión. El plazo para ejercer la acción no se establece expresamente⁶⁰, sólo se dispone que si no se hiciere dentro del mes siguiente a la adopción del acuerdo cualquier socio que votare en pro de la exclusión podrá hacerlo en nombre de la sociedad (art. 352.3 LSC). Lo que no cabe es que un socio descontento con el *acuerdo de no exclusión* impugnare ese acuerdo, pues la decisión de excluir o no es discrecional o no obligatoria (salvo en aquellos casos en que los estatutos sociales prevean lo contrario: que el socio *uti singuli* podría esa ejercer la acción impugnatoria).

⁵⁸ No se reputa procedimiento judicial sino extrajudicial, que habría de seguirse para los socios que incluso ostentaren un porcentaje de capital inferior al 25%, en aquellos casos en que la resolución judicial firme se configura como presupuesto o elemento constitutivo del supuesto de hecho de exclusión (como las causas legales relativas a cualquier socio de una sociedad laboral que provoque daños y perjuicios a la sociedad laboral prevista en el art. 16.3 LSLP o como, también se hace en sede general, en el caso del socio administrador que también cause daños y perjuicios a la SL *ex art. 350 LSC*).

⁵⁹ V., sobre esta supuesto, Andreu Martí (2015).

⁶⁰ Como bien apunta Sánchez Ruiz (2016), mientras que la jurisprudencia del TS lo ha fijado en un mes, siguiendo el tenor de este artículo, y, asimismo, lo ha hecho alguna doctrina (v. Emparanza [2011]).

IV. EFECTOS DE LA EXCLUSIÓN

Nos referiremos a los tres efectos más relevantes.

1. *Pérdida de la condición de socio*

Ni la LSLP ni la LSC se pronuncian sobre el momento en que tiene lugar la pérdida de la posición jurídica de socio⁶¹. Ello ha dado lugar a distintas posturas, básicamente dos:

De una parte, en el procedimiento extrajudicial de exclusión, quienes mayoritariamente estiman que ese momento coincide con el de adopción del acuerdo de exclusión por la JG⁶² (o bien cuando se le notificare si no acudiere a ella)⁶³ o, si se trata del procedimiento judicial de exclusión, desde la firmeza de la resolución judicial de exclusión. De otra parte, quienes consideran que el momento debe ser cuando se proceda al pago efectivo del valor de las acciones o participaciones sociales⁶⁴. Creemos que la postura más atendible es la primera, sin perjuicio de que el acuerdo de exclusión podría quedar en suspenso, y con ello sus efectos, si el socio impugnante solicitare esa medida cautelar y fuese concedida judicialmente; lo mismo cabe decir, inversamente, del procedimiento judicial previsto para el caso del socio con más del 25% del capital social, pues pese a que la pérdida de la condición de socio no se daría hasta que la resolución judicial devenga firme, también podría ser suspendida su condición antes a través de la solicitud y concesión de esa medida cautelar. En ambos casos, la concesión judicial de la medida trata de evitar la existencia de abusos de derecho.

⁶¹ A diferencia del art. 64.1 LSGR que lo fija en el momento de adopción del acuerdo.

⁶² V. García Villaverde (1996), Martínez Jiménez (1997), Leña Fdez. & Rueda Pérez (1997), Sánchez Ruiz (2006), Fdez. de la Gándara (2010), Valpuesta Gastaminza (2013), Pérez Rodríguez (2013) y, según nos parece, también Alfonso Sánchez (2017).

⁶³ Así, entre otros, Alfaro Águila-Real (1997).

⁶⁴ V. Bonardell Lenzano & Cabanas Trejo (1998) Framiñán Santas (2005), Empananza (2011).

2. Derecho al reembolso del valor de las acciones o participaciones

La exclusión no entraña la pérdida del valor de la fracción del capital suscrita, sino que tiene derecho al abono o reembolso de su valor, como se encarga de establecer la propia LSLP en su art. 16.4, en las siguientes condiciones, a saber: «En el plazo máximo de cuatro meses a partir [...] del acuerdo de la Junta General por el que se decide la exclusión del socio, o de la notificación de la resolución judicial firme dictada al respecto, el socio separado o excluido tendrá derecho a obtener en el domicilio social el valor de sus acciones o participaciones, transmitidas o amortizadas».

Por tanto, la LSLP quiere que el reembolso de la participación del socio en el capital social sea exigible haga en un plazo corto, cuatro meses. Es un plazo extraordinariamente corto si se compara, p. ej., con el que tienen los socios de una cooperativa de trabajo asociado, que puede llegar a ser, *inter vivos*, de hasta cinco años y/o, *mortis causa*, hasta un año (cfr. art. 51.5 LCEstado).

El importe a reembolsar es el valor de su concreta cuota de capital suscrita, para cuya determinación se estará, a tenor de lo previsto por el art. 7 en sede de *transmisión* o *amortización* de acciones o participaciones: en primer lugar, a lo prescrito en sede estatutaria; en caso de ausencia de cláusula, se fijará según lo que hubieren convenido la sociedad y el socio excluido; y, en última instancia, en caso de imposibilidad de las dos vías anteriores, el valor lo fijaría un experto independiente designado por los administradores⁶⁵.

Una cuestión independiente del reembolso de las acciones o participaciones al socio excluido es el modo en que la sociedad procederá con ellas, porque establece en el art. 16.3 *in fine* LSLP que «las acciones o participaciones de los socios separados o excluidos deberán ser ofrecidas a los trabajadores de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido, conforme a lo previsto en el artículo 6 de esta ley. Las acciones o participaciones no adquiridas deberán ser amortizadas mediante reducción del capital social».

⁶⁵ En términos similares, también parece pronunciarse, Sánchez Ruiz (2016), quien, no obstante, tras decir que pudiera haber dudas por ser una cuestión discutible, se decanta por la aplicación prioritaria del art. 7 LSLP sobre los artículos eventualmente aplicables de la LSC. Por nuestra parte, pensamos que la regla del art. 7 LSLP es de aplicación prioritaria sobre cualesquiera otras.

3. Responsabilidad por las deudas sociales

No hay norma alguna al efecto en la LSLP, por lo que básicamente, según los arts. 357 y 331 LSC, el socio excluido es responsable frente a tercero de las deudas sociales contraídas hasta la fecha en que sea oponible a terceros la reducción de capital inherente a su salida de la sociedad, esa responsabilidad alcanza hasta el límite del valor reembolsado de sus acciones o participaciones y mientras no pasen cinco años desde que la a fecha en que la reducción fuere oponible a terceros.

Bibliografía

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1996). «Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada». *RDM*, n.º 222, pp. 1079-1142.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1997). «La exclusión de socios», en J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ (Coord.), *Tratando de la sociedad limitada*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, pp. 885-930.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R. (2016). «La economía social desde la tipología societaria». *Revista de derecho de sociedades*, núm. 47, pp. 109-128.
- (2010). «Algunas consideraciones en torno a la Propuesta de Ley “Marco” de Economía Social». *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 102, pp. 7-23.
- (2017). «Separación y exclusión de socios en la sociedad laboral». En ANDREU MARTÍ, M. (dir.), *El régimen jurídico de las sociedades laborales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters.
- ANDREU MARTÍ, M. (2015). «Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2014». En J. M. EMBID IRUJO (dir.), *Archivo de Comenda de jurisprudencia societaria (2013-2014)*. Granada: Comares, pp. 105-109.
- (2016). «La sociedad laboral del siglo XXI. Significado y configuración». En ANDREU MARTÍ (dir.), *El régimen jurídico de las sociedades laborales -España*, Valencia, del 19 al 21 de octubre 2016. Disponible en <http://ciriec.es/wp-content/uploads/2016/10/COMUN059-PONENT9-ANDREU-MART%C3%8D-ok.pdf> (Acceso 21/07/2017).
- (2016). «La sociedad laboral del siglo XXI. Significado y configuración». En ANDREU MARTÍ (dir.), *El régimen jurídico de las sociedades laborales* (pp. 27-47). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters.
- (2015). «Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2014». En J. M. EMBID IRUJO (dir.), *Archivo de Comenda de jurisprudencia societaria (2013-2014)*. Granada: Comares, pp. 105-109.
- ÁVILA NAVARRO, P. (1996). *La sociedad limitada*. Barcelona: Bosch.
- BONARDELL LENZANO, R. & CABANAS TREJO, R. (1998). *Separación y exclusión de socios en la Sociedad de responsabilidad limitada*, Pamplona: Aranzadi.
- CANO LÓPEZ, A. (1997). «Reflexiones acerca de un «nuevo» instrumento societario: la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de sociedades laborales», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 8, pp. 194-213.

- (2002). *Teoría jurídica de la economía social. La Sociedad Laboral: una forma jurídica de empresa de economía social*. Madrid: CES.
- (2010). «Sociedades laborales». En L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (aut.), *Derecho de Sociedades*, (1576-1588), 2.º vol., Valencia: Tirant lo Blanch.
- EMPARANZA, A. (2013). «La exclusión de socios». En AA.VV., *Comentario de la Ley de sociedades de capital* (pp. 2491-2530). Cizur Menor (Navarra): Civitas.
- ESTEBAN VELASCO, G. (1982). *El poder de decisión en las sociedades anónimas*. Madrid: Fundación Universidad-Empresa y Edtl. Civitas.
- (1996). «Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley». En AA.VV., *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*. Madrid: McGraw-Hill, pp. 549-585.
- (2016). «Distribución de competencias entre la Junta General y el Órgano de Administración, en particular las nuevas facultades de la junta sobre activos esenciales». En F. RODRÍGUEZ ARTIGAS (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada* (pp. 29-87). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (2010). *Derecho de Sociedades*, 2.º vol., Valencia: Tirant lo Blanch.
- FRAMINÁN SANTAS, F. J. (2005). *La exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*. Granada: Comares.
- GARCÍA VILLAVERDE, R. (1977). *La exclusión de socios: causas legales*. Madrid: Montecorvo.
- (1996). «Exclusión de socios». En AA.VV., *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*. Madrid: McGraw-Hill, pp. 1023-1049.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (1999). «En torno a las asociaciones y la exclusión de socios (STS 2 febrero 1996 —RJ 1996, 1081—)», *RdS*, n.º 8, pp. 336-364.
- LEÑA FERNÁNDEZ, R. & RUEDA PÉREZ, M. A. (1997). *Derecho de separación y exclusión de socios en la sociedad limitada*. Granada: Ed. Comares.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M. I. (1997). «Separación y exclusión de socios». En I. ARROYO & J. M. EMBID (coords.), *Comentarios a la Ley de sociedades de responsabilidad limitada*. Madrid: Tecnos, pp. 943-1001.
- MARTÍNEZ NADAL, A. (1997). *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*. Barcelona: Bosch.
- PAGADOR LÓPEZ (2005). *Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca*. Madrid: Marcial Pons.
- PANIAGUA ZURERA, M. (2011). «Los empresarios de la economía social y su valor social añadido (del “soft law” comunitario a la precursora ley española de economía social)». *Revista de fomento social*, núm. 263, 2011, pp. 359-400.
- (2015). «Las sociedades laborales ante el Anteproyecto de Ley del nuevo Código Mercantil». En M. J. MORILLAS JARILLO & M. P. PERALES VISCASILLAS & L. J. PORFIRIO CARPIO (dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz.*, pp. 726-744. Documento electrónico disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21115> (Acceso: 20/07/2017).
- PERDICES HUETOS, A. (1997). «Las restricciones a la transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada». En C. PAZ-ARES (coord.), *Tratando de la sociedad limitada*, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, pp. 491-615.

- PÉREZ RODRÍGUEZ, A. M. (2013). *La exclusión de socios en sociedades de responsabilidad limitada*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- SÁNCHEZ CALERO, F. & SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2013). *Instituciones de derecho mercantil*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- SÁNCHEZ RUIZ, M. (2006). *La facultad de exclusión de socios en la teoría general de sociedades*. Cizur Menor (Navarra): Civitas.
- TRONCOSO REIGADA, M. (2008). «La exclusión de un socio de una sociedad de capital ¿tiene que ser necesariamente acordada por la Junta General?», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 27. Disponible on line: <https://goo.gl/fGQD9S>.
- URÍA, R. & MENÉNDEZ, A. & IGLESIAS PRADA, J. L. (2006). «La sociedad de responsabilidad limitada: exclusión y separación de socios». En R. URÍA & A. MENÉNDEZ, *Curso de derecho mercantil*. 2.^a ed. (pp. 1261-1287). Madrid: Civitas.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2013). *Comentarios a la Ley de sociedades de capital. Estudio legal y jurisprudencial*. Hospitalet de Llobregat (Barcelona): Bosch.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. & BARBERENA BELZUNCE (1998). *Las sociedades laborales. Aspectos societarios, laborales y fiscales*. Elcano (Navarra): Aranzadi.
- URÍA, R. & MENÉNDEZ, A. & VÉRGEZ, M. (2006). «Sociedades de garantía recíproca y sociedades laborales». En R. URÍA & A. MENÉNDEZ, *Curso de derecho mercantil*. 2.^a ed. (pp. 1447-1467). Madrid: Civitas.
- VICENT CHULIÁ, F. (2012). *Introducción al derecho mercantil*. 23.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

CAPÍTULO VI

Disolución y liquidación de sociedades laborales

JUAN BATALLER GRAU

Catedrático de Derecho Mercantil

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO. II. LA EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD LABORAL. III. LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD LABORAL. 1. Las causas y procedimientos de disolución de la Ley de sociedades de capital. 1.1. La disolución de pleno derecho. A) La disolución por transcurso del término. B) La disolución por reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia de una ley. C) La apertura de la liquidación concursal. 1.2. La disolución por concurrencia de causa legal o estatutaria. A) La conclusión de la empresa que constituya el objeto social. B) La imposibilidad manifiesta de realizar el fin social. C) La paralización de los órganos sociales. D) La falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante un año. E) Las pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social. F) La reducción del capital social por debajo del mínimo legal. G) Las causas estatutarias. 1.3. El procedimiento disolutorio. 1.4. La responsabilidad de los administradores. 2. La pérdida de la calificación de sociedad laboral. 2.1. Consecuencias de la pérdida de la condición laboral. 2.2. La continuación como sociedad anónima o de responsabilidad limitada ordinaria como consecuencia de la pérdida de la condición de laboral. 2.3. La pérdida de la condición de laboral como causa de disolución prevista en los Estatutos. IV. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD LABORAL. 1. Los liquidadores. 2. Las operaciones liquidatorias. 3. El reparto del patrimonio resultante de la liquidación. 4. La cancelación registral. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO

La evolución normativa del tema objeto de análisis evidencia una reducción de la previsión normativa, pues en las leyes precedentes se preveía un precepto dedicado expresamente a la disolución, ausente en el texto vigente, aunque ya adelantamos con escasas diferencias en el resultado final respecto del último texto en vigor.

La Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales (en adelante LSAL) dedicaba su art. 19 a la disolución. El precepto disponía que las sociedades anónimas laborales *«se disolverán por las mismas causas que las Sociedades Anónimas, sin que la descalificación como laboral afecte a la continuidad de su personalidad jurídica»*.

Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (en adelante LSL), por su parte, dedicaba otro artículo a la disolución, ahora el 17. Este precepto se dividía en dos apartados. El número uno, con una redacción muy parecida al primer inciso del único párrafo del art. 19 LSAL, ampliaba, en consonancia con la posibilidad abierta por la LSL, la remisión a las causas de disolución contempladas en las normas relativas a estas sociedades. Por su parte, el número dos suponía una redacción —«los Estatutos sociales podrán establecer como causa de disolución la pérdida de la condición de “sociedad laboral” por la sociedad»— totalmente distinta a la del segundo inciso del artículo 19 LSAL: «la descalificación como laboral [de la sociedades anónimas laborales] [no] afect[a] a la continuidad de su personalidad jurídica». Sin embargo, este radical cambio de redacción no suponía un cambio de las reglas jurídicas en esta materia: ni el art. 19 LSAL impedía que en los Estatutos de las sociedad anónimas laborales establecieran como causa de su disolución la pérdida de la condición laboral, ni el artículo 17 LSL implicaba que la pérdida de dicha condición afecte, salvo que en los Estatutos de la sociedad así se establezca, a la continuidad de su personalidad jurídica.

La vigente Ley no contiene un precepto independiente para regular la disolución. Sin embargo, el art. 15 dedicado a la descalificación dispone, en sintonía con sus precedentes: «6. *Los Estatutos sociales podrán establecer como causa de disolución la pérdida de la condición de “Sociedad Laboral” de la sociedad.*»·

En fin, a diferencia de lo acontecido respecto de la disolución, en sede de liquidación es dable reseñar el absoluto desinterés del legislador por la liquidación de estas sociedades al no haberse previsto ninguna previsión al respecto.

II. LA EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD LABORAL

Por extinción hemos de entender cualquier proceso que implique la supresión de la personalidad jurídica de la sociedad. Se trata, consiguientemente, de un concepto amplio capaz de albergar todo hecho, acto o resolución cuya resultado comprenda el fin de la personalidad jurídica, con independencia de cuál sea el método seguido para la resolución de las relaciones internas y externas de la sociedad.

La primera forma de extinguir la sociedad es precisamente la liquidación societaria, es decir, el proceso regulado bajo esta misma rúbrica en la Ley de Sociedades de Capital, tendente a la extinción de la sociedad,

utilizando mecanismos exclusivamente societarios, lo que no obsta a que se preserven los intereses de los acreedores. Este régimen, pensado para lograr la liquidación societaria a fin de alcanzar la extinción de la sociedad, no conlleva necesariamente la liquidación de la empresa a través de la que se desarrolla el objeto social. La liquidación societaria se contrapone a la liquidación empresarial, pues mediante la primera se puede alcanzar la extinción de la sociedad, sin conllevar necesariamente la liquidación de la empresa. Su esencia se circunscribe al proceso jurídico, que no material, conducente a la pérdida de la personalidad jurídica: balance inicial, extinción de relaciones externas (por el método que sea), balance final, determinación y reparto de la cuota de liquidación y, finalmente, cancelación registral. Por otro lado, y aquí reside su principal diferencia respecto a la liquidación concursal, el régimen societario requiere suficiencia patrimonial para atender las obligaciones pendientes con terceros.

La extinción de la sociedad, no obstante, se puede producir sin que sea necesaria la liquidación societaria, como acontece en los supuestos de modificaciones estructurales. La extinción de la sociedad acontece tras la transmisión en bloque del patrimonio de las sociedades extinguidas a la nueva o nuevas sociedades. La sociedad desaparece pues sin someterse a un proceso liquidatorio, ya que los socios de la sociedad extinguida no tienen derecho a la cuota de liquidación, sino que obtienen la consiguiente posición social en las nuevas sociedades, con algunas salvedades contempladas en la Ley sobre modificaciones estructurales.

En fin, la regulación contenida en la Ley de Sociedades de Capital para la liquidación de la sociedad ha sido concebida para extinguir sociedades cuyo patrimonio es suficiente para satisfacer plenamente a los acreedores sociales. En caso contrario, la sociedad deberá ser declarada en algún momento en concurso de acreedores. Asimismo, conviene recordar que no toda sociedad declarada en concurso ha de ser extinguida, pues la Ley Concursal regula la continuación de la sociedad cuando se alcance un convenio con los acreedores, por lo que la disolución se produce con la apertura de la liquidación concursal. Efectivamente, una vez finalizada la fase común y emitido el informe de los administradores concursales, el procedimiento sitúa a la sociedad en una disyuntiva: o se alcanza un convenio de continuación o la sociedad debe extinguirse, previa la liquidación de su patrimonio para satisfacer, en la medida de lo posible, a los acreedores. Es esta segunda opción la que es incluida entre las causas de disolución.

Por consiguiente, podemos afirmar que las sociedades capitalistas presentan cuatro procedimientos extintivos con singularidades propias: la nu-

lidad, las modificaciones estructurales (la fusión, la escisión total y la cesión global de activo y pasivo), la disolución y, a mi entender, la apertura de la fase de liquidación concursal. Si bien es cierto que todos ellos ofrecen como punto en común su consecuencia última, la extinción de la sociedad, tampoco puede soslayarse que ostentan notables diferencias en el resto de elementos, por lo que la construcción del concepto de disolución debe apoyarse sobre otras notas configuradoras que le confieran una mayor utilidad y precisión.

III. LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD LABORAL

La disolución es un mecanismo societario que mediante un acuerdo adoptado durante la vida de la sociedad debidamente constituida conduce a la sociedad a la liquidación societaria. Esta definición alberga los elementos configuradores de la disolución: es un mecanismo societario; es un acuerdo social; se produce sobrevenidamente sobre la sociedad regularmente constituida; y tiene por efecto la apertura de la liquidación societaria. Y aquí reside el fundamento de la exclusión del concepto de disolución de la nulidad, de la apertura de la liquidación concursal y de las modificaciones estructurales (más ampliamente Bataller Grau, 2010).

1. Las causas y procedimientos de disolución de la Ley de sociedades de capital

1.1. La disolución de pleno derecho

Bajo la rúbrica de la disolución de pleno derecho, la Ley de Sociedades de Capital agrupa tres causas de disolución: el transcurso del término, la reducción del capital social por debajo del mínimo legal y la apertura de la liquidación concursal. Y lo hace utilizando dos preceptos: el primero, bajo el mismo título que la sección, y el segundo, que contiene las relaciones entre el concurso y la disolución. Inmediatamente surge la duda de por qué no se ha incluido bajo el paraguas del artículo 360 de la Ley de Sociedades de Capital como una tercera letra la apertura de la liquidación concursal. O dicho de otro modo, si la apertura de la liquidación concursal es una disolución de pleno derecho, parece lógico que aparezca también en el precepto que aglutina a esta categoría.

La cuestión, probablemente, consista en precisar dónde podemos encontrar los elementos que permiten singularizar la disolución de pleno derecho frente al resto de categorías. El único denominador común que presentan las tres causas de disolución y que se encuentra ausente en el

resto de causas, a mi juicio, reside en su automatismo: bien porque a través del sistema registral pueda constatarse, bien porque lo decrete el juez. En los tres casos queda al margen la junta general, mientras que en el resto de causas de disolución la junta general juega un papel central. Ahora bien, más allá de que la declaración de la disolución no requiera de una declaración es difícil encontrar otros rasgos compartidos, pues las diferencias, como veremos seguidamente, son notables; y en mayor medida entre las contenidas en este precepto respecto de la apertura de la liquidación concursal.

A) La disolución por transcurso del término

La disolución por el cumplimiento del término es una causa común a todas las sociedades mercantiles que recoge el artículo 221 del Código de Comercio, precepto que regulaba con carácter general la disolución de las sociedades mercantiles y que también ha incluido el artículo 360 de la Ley de Sociedades de Capital.

Este motivo disolutorio es de carácter voluntario (Rojo, 1993; de Eizaguirre/De Angulo, 1993; y Beltrán, 1997). Es decir, es la exclusiva voluntad social la que decide su inclusión en los estatutos, ya que la sociedad puede eliminar esta causa de disolución incluyendo en los estatutos —bien originaria, bien posteriormente mediante la preceptiva modificación de estatutos— una cláusula de duración indefinida.

B) La disolución por reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia de una ley

La sociedad también se disuelve por el transcurso de un año desde la adopción del acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, si no se hubiere inscrito en el Registro Mercantil la transformación o la disolución de la sociedad, o el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal.

Transcurrido un año sin que se hubiere inscrito la transformación o la disolución de la sociedad o el aumento de su capital, los administradores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales.

C) La apertura de la liquidación concursal

El artículo 361 de la Ley de Sociedades de Capital sitúa la causa de disolución en la apertura de la fase de liquidación. Efectivamente, una vez finalizada la fase común y emitido el informe de los administradores concursales, el procedimiento sitúa a la sociedad en una disyuntiva: o se alcanza un convenio de continuación o la sociedad debe extinguirse, previa la liquidación de su patrimonio para satisfacer, en la medida de lo posible, a los acreedores. Es esta segunda opción la que es incluida entre las causas de disolución.

La combinación de estas premisas permite diferentes relaciones entre la regulación de la liquidación societaria y la concursal:

a) Si la sociedad ya disuelta es declarada en concurso, o incluso si se acuerda la disolución vigente la fase común del concurso, la sociedad se regirá por las normas propias de la liquidación societaria durante la fase común del concurso a las que se superpondrán con carácter preferente las concursales. Esta prevalencia de la normativa concursal conmina a que la liquidación del patrimonio social se efectúe a través de la liquidación concursal, lo que acontecerá una vez abierta esta fase del procedimiento concursal. No obstante el carácter subsidiario del régimen societario, durante la fase común del concurso, éste mantiene su virtualidad, en especial en lo atinente a los órganos sociales. A su vez, la apertura de la fase de liquidación del concurso supone la inaplicación del régimen de liquidación de la Ley de Sociedades de Capital.

b) Si la sociedad activa ha sido declarada en concurso, bien necesario bien voluntario, la sociedad se somete a la normativa concursal. Como sabemos, la sociedad puede finalizar este procedimiento alcanzando un convenio con los acreedores, lo que implica continuar desarrollando su actividad. También puede extinguirse tras la liquidación de su patrimonio, que entonces se efectuará según prevé la normativa concursal, sin que se acuda al régimen de liquidación de la Ley de Sociedades de Capital.

La regulación sobre la apertura de la liquidación (art. 142 LC) nos muestra que la liquidación, a modo de estructura circular, es la primera y la última opción que ofrece el legislador para finalizar el concurso. El deudor puede solicitar la liquidación en la misma solicitud del concurso, cerrando así las puertas al convenio. Seguidamente, la Ley Concursal va enumerando diversos momentos —contrario sensu— en que se puede alcanzar un convenio. El fracaso del convenio, determina que haya de acudir a la liquidación concursal como única salida posible (art. 143 LC).

En caso de apertura de la fase de liquidación, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura de la fase de liquidación del concurso, cuando no haya sido declarada previamente. La sociedad ahora disuelta se liquidará siguiendo el régimen del procedimiento concursal.

Este precepto ha de ser completado con la regulación sobre la conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa del deudor persona jurídica (art. 178.3 LC), donde se dispone que la resolución judicial que la declare, acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme.

1.2. La disolución por concurrencia de causa legal o estatutaria

La sección 2ª, bajo la rúbrica de la disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria, abre con un precepto, el artículo 362 de la Ley de Sociedades de Capital, donde se establece la clave de bóveda del procedimiento disolutorio: la disolución depende de la concurrencia de una causa que ha de ser constatada. La norma tiene una doble función: en primer lugar, destaca la importancia del procedimiento que es de derecho imperativo; en segundo lugar, el precepto distingue las causas de disolución entre legales y estatutarias, para enumerarlas en el artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital.

Las causas de disolución propias de esta forma de disolución se encuentran en el artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital.

A) La conclusión de la empresa que constituya el objeto social

El objeto social constituye la razón de ser de la sociedad, por consiguiente, la culminación de la actividad empresarial justifica la desvinculación de los capitales inmovilizados al servicio de dicha meta. La causa de disolución está, por tanto, referida al objeto social que es una de las menciones que obligatoriamente han de constar en los estatutos «determinando las actividades que lo integran» [art. 23.b) LSC, y 117 RRM].

B) La imposibilidad manifiesta de realizar el fin social

La doctrina se ha planteado cuál es el alcance de este motivo disolutorio por contraposición a la disolución por conclusión de la empresa que

constituya su objeto. Por un lado, se entiende que la imposibilidad puede ser tanto originaria como sobrevenida. También es necesario que sea «manifiesta», es decir, que nos encontremos ante una verdadera imposibilidad de conseguir el fin social. No es suficiente una mera dificultad transitoria, ni una imposibilidad parcial.

Ahora bien, la controversia principal se sitúa en la interpretación de qué debemos entender por fin social. Al respecto se han mantenido dos tesis:

a) Se ha defendido que no ha sido intención del legislador establecer aquí una distinción rigurosa entre objeto y fin (Muñoz Martín, 1996). Ambas causas de disolución contemplan supuestos diferentes referidos a un mismo hecho: la realización de la actividad social. A la actividad social le pueden afectar dos hechos. Por un lado, el ser concluida, en cuyo caso estaremos ante la disolución por cumplimiento del objeto, o, por otro, el que ésta no pueda ser emprendida o continuada por causas permanentes, en cuyo caso estaremos ante la imposibilidad de realizar el fin social. La distinción relevante de la Ley se encuentra entre finalización normal, porque se agote la finalidad perseguida, e imposibilidad, que requiere ser manifiesta.

b) Sin obviar la relación existente entre objeto y fin, equiparan este último a la causa típica, obtención de beneficios, perseguida mediante dicha actividad (Beltrán, 1997; de Eizaguirre/De Angulo, 1993, 36-37; Salelles, García Cruces y Soler, 2009; Sequeira, 2001). Si consideramos fin social la obtención de beneficios a través del ejercicio de una actividad económica, la imposibilidad de conseguir el fin social puede nacer tanto de la imposibilidad de obtener beneficios (fin último) con el ejercicio del objeto social, cuanto de la imposibilidad de desarrollar el objeto social (fin medio).

Nosotros nos agrupamos con quienes defienden la segunda concepción por entenderla más acorde con su tenor literal y resolver mejor los intereses en juego.

C) La paralización de los órganos sociales

Este supuesto disolutorio se incardinaba en la anterior causa de disolución, pero la reiterada jurisprudencia (SSTS de 18 de enero de 1962; de 13 de febrero de 1962; de 25 de octubre de 1963; de 3 de julio de 1967; de 15 de febrero de 1982; y la más reciente de 25 de julio de 1995) y la elaboración doctrinal indujeron al legislador a que la contemplará expresamente. Nos encontramos, por tanto, ante un motivo específico de disolución por imposibilidad de realizar el fin social, que por la frecuencia con que acon-

tecía mereció su reconocimiento legislativo y que ahora alcanza su mayoría de edad al consagrarse en letra separada.

D) La falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante un año

El motivo disolutorio, completa el elenco de posibles vicisitudes que afectan a la actividad social, junto a la conclusión de la actividad social y a su imposibilidad manifiesta. El cese de la actividad social puede deberse al motivo que sea. Es irrelevante. Lo único que habrá que constatar es la inactividad de la sociedad durante el período de tiempo previsto por el legislador. La causa de disolución consagra así una particular manifestación de un genérico deber de realización del objeto social.

Se prevé así una norma de cierre del sistema. En ocasiones resulta difícil demostrar la conclusión del objeto social o, sobre todo, la existencia de una imposibilidad manifiesta. Para evitar estas situaciones, el legislador anuda aquí la disolución a un hecho más fácilmente constatable: la sociedad no realiza actividad alguna. Es indiferente el motivo al que se deba la inactividad.

La principal novedad introducida por la reforma de la Ley 25/2011, de 1 de agosto reside precisamente en una sensible reducción del plazo de inactividad: ahora es suficiente con la falta de ejercicio durante un año.

E) Las pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social

Las pérdidas sociales cualificadas son un motivo disolutorio de gran transcendencia al que no resulta ajeno el interés de los acreedores sociales. En las sociedades capitalistas estamos ante una medida de protección de la integridad del capital social. Este motivo disolutorio trata de evitar una desproporción elevada entre capital social y patrimonio neto, lo que redundaría en detrimento de la garantía que representa para los acreedores, quienes dependen del patrimonio social para satisfacer sus créditos. De ahí que la mejor doctrina ha reivindicado el carácter preconcursal de la norma y, en consonancia con esta idea, el mismo precepto excepciona el acudir a la disolución, cuando la insuficiencia patrimonial determine el cumplimiento del presupuesto objetivo del concurso.

El concepto de patrimonio neto, mencionado en sede disolutoria, se contiene en el artículo 36.1.c) Código de Comercio y por tal hemos de

entender la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos.

La interpretación del artículo 363.1.d) de la Ley de Sociedades de Capital permite afirmar que el desequilibrio patrimonial ha de ser duradero. Los desajustes patrimoniales meramente transitorios no son relevantes.

Nada dice expresamente el artículo 363.1.d) de la Ley de Sociedades de Capital, sobre el momento en que concurre el motivo disolutorio ahora estudiado. Sin embargo, la doctrina ha venido entendiendo mayoritariamente que no es necesario esperar a que dichas pérdidas se desprendan de unas cuentas anuales aprobadas por la junta general. Es suficiente cualquier balance trimestral de comprobación (art. 28.1 C. de C.) u otro estado de situación (p. ej., para la distribución de los dividendos a cuenta).

Las pérdidas pueden acreditarse a través de cualquier documento contable, aunque lo normal será que la causa de disolución sea apreciada durante la elaboración de las cuentas anuales. No obstante, una cosa es la concurrencia de la causa, que debiera tener un reflejo contable, y otra bien distinta la prueba de la existencia de las pérdidas cualificadas.

F) La reducción del capital social por debajo del mínimo legal

El principio de capital mínimo tiene como corolario, en sede de disolución, el reconocimiento como causa de disolución de la reducción del capital social por debajo del mínimo legal. Aparece así una causa de disolución independiente de la relativa a las pérdidas patrimoniales cualificadas, pues la sociedad tendrá que disolverse cualquiera que sea su situación patrimonial, porque se infringe una de las normas configuradoras del tipo social.

G) Las causas estatutarias

Junto a los supuestos tipificados por el legislador, los socios pueden incluir otros en los estatutos, tanto en el momento fundacional como posteriormente. Los socios pueden adecuar así cada sociedad a su peculiar estructura social dentro del marco diseñado por el legislador.

1.3. El procedimiento disolutorio

La idea central que subyace en el procedimiento disolutorio recogido en esta sección es que la sociedad, una vez acaecida la causa, ha de decidir

sobre su continuidad. La sociedad no puede continuar ejerciendo su actividad en las condiciones concurrentes, pues así lo ha prescrito el legislador (causas legales) o lo acordaron los socios (causas estatutarias). Los motivos disolutorios inciden sobre la vida social de una manera intolerable. Por esta razón, se inicia el procedimiento disolutorio cuya pieza principal es la convocatoria de una junta general donde los socios deben decidir sobre el futuro de la entidad. El órgano soberano la puede disolver o remover. Se trata de evitar que la disolución opere automáticamente, sometiendo la situación a los dictados del principio mayoritario. Aquí reside la manifestación del carácter corporativo de la sociedad. Lo único que no permite el legislador es que la sociedad permanezca impasible, por eso establece una serie de medidas tendentes a garantizar que la junta general se reúna y adopte los acuerdos necesarios. En caso contrario, también prevé la disolución judicial para suplir la omisión.

En definitiva, estas causas de disolución desencadenan un procedimiento cuyo objetivo es lograr una decisión social en donde o bien asuma la finalización del proyecto en común o bien efectúe las modificaciones pertinentes para continuar. En ningún caso la sociedad se disuelve automáticamente, siempre será necesario una decisión social o al menos una omisión. Así pues, este procedimiento implica el sometimiento de la sociedad durante la disolución al principio mayoritario al permitir que los socios puedan eludir la apertura de la liquidación mediante la remoción del motivo disolutorio (véase STS de 30.6.1997). Consiguientemente, no cabe establecer una causa estatutaria que opere de pleno derecho. Aunque la causa estatutaria fuera fácilmente constatable (p. ej. muerte de un socio), los estatutos no pueden obviar este procedimiento concebido como derecho imperativo.

La otra idea central que preside el procedimiento disolutorio es lo que podríamos denominar el sistema de doble constatación cuya intención es dotarle de mayor seguridad jurídica, pues permite conocer con exactitud cuándo se abre la liquidación, cuestión importante por la dificultad de confirmar la existencia de determinadas causas disolutorias. Efectivamente, el procedimiento disolutorio surge con el acaecimiento de alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 363 de la Ley de Sociedades de Capital. O contrario *sensu*, la ausencia de la causa supone la inexistencia del supuesto de hecho, por lo que no sería aplicable la consecuencia jurídica: el procedimiento de disolución. Por consiguiente, la constatación de su existencia adquiere una enorme importancia. Pero además el legislador es consciente de la dificultad que entraña en determinados supuestos el precisar si concurre el motivo disolutorio y desde qué momento aconteció.

La tarea en ocasiones resultará sencilla (p. ej., se incluyó como causa de disolución estatutaria la muerte de un socio), pero en otras ocasiones es terriblemente complicada (verbigracia, la imposibilidad de alcanzar el fin social).

Las posibilidades contempladas son diversas, pero en todas ellas siempre ha de concurrir una doble confirmación de la existencia de una causa. En primer lugar, son los administradores el órgano competente para determinar si se da o no un motivo disolutorio. Cuando la respuesta sea afirmativa, surge el deber de convocar una junta general donde se procederá posteriormente a establecer la existencia o no del motivo disolutorio. En caso de que la junta no aprecie esta circunstancia, aun concurriendo, los administradores son compelidos a buscar el refrendo del juez, quien disolverá la sociedad a través de una sentencia. Así mismo, cuando los administradores no convoquen la preceptiva junta, cualquier socio puede suplir esa omisión y solicitar su convocatoria que habrán de atender los administradores o podrá ser realizada por el juez. Por último, cualquier interesado está autorizado para pedir al juez la disolución de la sociedad (el art. 366 LSC). En definitiva, la disolución de la sociedad requiere una doble constatación de la existencia de la causa de disolución: administradores y junta general, socio y junta general, administradores y juez o interesado y juez. De este modo se trata de dotar de una mayor seguridad jurídica al sistema.

En fin, la primera parte del procedimiento disolutorio consiste en la apreciación de una realidad fáctica. Se trata aquí de precisar la existencia de una causa de disolución. Estamos en el terreno de los hechos, no de las voluntades.

1.4. La responsabilidad de los administradores

La responsabilidad surge cuando los administradores, concurriendo una causa de disolución, no cumplen los deberes que en esta sección les ha ido imponiendo el legislador. Estos, resumidamente, son:

1.º) En caso de solvencia de la sociedad, los administradores tienen un doble deber: a) convocar la junta general en el plazo de dos meses para que se adopte el acuerdo de disolución o la remoción de la causa; y b) solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuera contrario a la disolución (o no se haya removido la causa) o no pudiera ser logrado.

2.º) En caso de insolvencia de la sociedad, los administradores están obligados: a) solicitar directamente el concurso; o b) convocar la junta

general en el plazo de dos meses para que se adopte el acuerdo de instar el concurso. En caso de que no se alcance este acuerdo, ni se haya removido la situación de insolvencia, deberán entonces instar el concurso de acreedores de la sociedad.

En definitiva, se pretende evitar la inactividad de la sociedad ante la concurrencia de una causa de disolución o del concurso y se responsabiliza de ello a los administradores. La sociedad ha de optar entre remover o disolverse (o alternativamente promover un concurso), pero no puede obviar su situación y continuar operando sin más.

El legislador ha previsto, como consecuencia jurídica para el incumplimiento de los deberes mencionados, la imposición de una responsabilidad a los administradores por las deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución. Por tanto, junto a la sociedad aparecerá un nuevo responsable de las deudas sociales: los administradores. Estamos ante una sanción civil que convierte a los administradores en garantes solidarios de las deudas que acontezcan con posterioridad a la concurrencia de la causa de disolución. El incumplimiento de los deberes establecidos, por ministerio de la ley, tiene como consecuencia jurídica la imposición de la responsabilidad por las obligaciones sociales. Se trata de garantizar mediante una drástica consecuencia que los administradores, llegada la causa de disolución, emplearán el canon de diligencia, concretado por el legislador en los deberes legales mencionados.

La responsabilidad de los administradores se extiende «sobre las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución». La primera consecuencia que se deduce de su lectura, tal y como hemos advertido al estudiar su naturaleza, reside en que el precepto no responsabiliza a los administradores de los daños, sino del cumplimiento de las obligaciones sociales. Por consiguiente, al acreedor le bastará con acreditar la deuda pendiente de pago con la sociedad.

Resulta intrascendente la naturaleza de la obligación social: sea legal, contractual o extracontractual, ha de entenderse incluida dentro de la responsabilidad de los administradores. El precepto ahora comentado no distingue, por lo que cualquier obligación puede quedar comprendida dentro de esta acción de responsabilidad. Ahora bien, si la deuda es satisfecha por la sociedad, la obligación se extingue por ser el obligado principal.

La responsabilidad de los administradores tiene carácter ilimitado, en aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC). Sea cuál sea el importe de las obligaciones sociales, el administrador ha de hacer frente a su pago. No obstante, si la sociedad es solvente,

los administradores podrán repetir lo pagado contra la sociedad. Además, se abre la vía de regreso propia de las obligaciones solidarias contra el resto de administradores.

La redacción original fue reformada para restringir la cuantía de la indemnización a la asunción de las obligaciones posteriores al acaecimiento de la causa de disolución. Por consiguiente, los administradores no asumen las obligaciones anteriores a este momento.

El problema en la práctica reside justamente en precisar el momento a partir del cual se asumen las obligaciones de la sociedad. El legislador lo fija en la fecha en que aconteció la causa de disolución, pero como sabemos su determinación no siempre será fácil. Para obviar este inconveniente se ha establecido una presunción: las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior. Dado que la fecha del crédito suele ser relativamente fácil de probar, en la práctica la presunción obligará a los administradores a demostrar que el momento en que aconteció la causa de disolución fue posterior a la deuda con el tercero. Se evita de este modo el vía crucis probatorio al que se vería abocado el acreedor si tuviera que acreditar no solo la causa de disolución, sino que los administradores eran conocedores (o debieron conocer) de su existencia. En ocasiones puede ser relativamente sencillo (p. ej. aprobación de unas cuentas anuales con pérdidas), pero en otras tremendamente complicado.

2. La pérdida de la calificación de sociedad laboral

2.1. Consecuencias de la pérdida de la condición laboral

Del número 6 del art. 15 LSLP se pueden extraer dos consecuencias, que juegan alternativamente. La primera, que implica una interpretación «a sensu contrario», es que la pérdida de la condición de «sociedad laboral» por la sociedad no es, por sí misma, causa de disolución de la misma. La segunda la pérdida de tal condición será causa de disolución cuando los Estatutos de la SAL o de la SLL así lo establezcan.

El número 6 del artículo 15 LSLP que comentamos va encaminado directamente a posibilitar que los Estatutos de la Sociedad Laboral establezcan la pérdida de tal condición como causa de disolución de la sociedad. En realidad, el precepto lo que quiere decirnos es algo que no dice directamente, y nos lo quiere decir diciéndonos algo —que los estatutos pueden establecer como causa de disolución la pérdida de la condición de socie-

dad laboral— que ya sería así por aplicación del régimen de las sociedades de capital.

En efecto, si el número 6 del artículo 15 LSLP se omitiera el resultado sería el mismo. El art. 363.1.h) TRLSC, aplicable a las sociedades laborales en virtud del art. 3 TRLSC, prevé junto con las causas legales de disolución la introducción de causas estatutarias. Nada empece a que una de ellas fuera la pérdida de la calificación de la sociedad como sociedad laboral.

La doctrina que analizó el anterior régimen jurídico afirmó mayoritariamente que el legislador establecía un precepto a primera vista innecesario (respecto LSL Gómez Porrúa, 1997; Selva Sánchez, 1996; con relación a la LSAL, Lanzas de Galvache, 1987). Una primera explicación se daba cuando se indicaba que «como especialidad respecto a la Sociedades Laborales, y por si pudiera interpretarse por algún Registrador que, aún consignando en Estatutos como causa de disolución específica la de pérdida de la calificación laboral, no puede procederse a la disolución puesto que la misma ha de circunscribirse a las causas legales contenidas en el art. 104 LSRL [y 260 del TRLSA] —interpretación que en todo caso debería interpretarse de excesivamente forzada—, se preocupa expresamente el derogado art. 17. 2 de la LSL de permitir expresamente que constase en los Estatutos como causa de disolución la pérdida de condición de Sociedad laboral por la Sociedad» (Neila Neila, 1998).

Otra explicación que no es contradictoria con la anterior, sino que conformaría también la finalidad del legislador de la LSL en el derogado art. 17.2, podría encontrarse, una vez más, en una interpretación «a sensu contrario». El legislador parece querer decirnos realmente que la pérdida de condición de sociedad laboral no es, por si misma, causa de disolución de la sociedad.

Y parece que el legislador nos quiere realizar esta aclaración, pues, de no existir norma al respecto, como se señaló respecto del art. 19 de la LSAL de 1986 (Lanzas Galvache, 1987), se podría pensar que la pérdida de la condición laboral supondría que la sociedad incurre en la causa de disolución del art. 363.1.c) TRLSC, es decir, por incurrir en imposibilidad de alcanzar el fin social, por lo que dicha pérdida debería iniciar el procedimiento de disolución de la sociedad.

En definitiva, el art. 15.6 LSLP pretende, por tanto, por una parte, dejar claro que la pérdida de la condición laboral no supone, por si sola, la disolución de la sociedad, y, por otra, y al mismo tiempo, dejar claro que es posible establecer como causa de disolución en los Estatutos la pérdida de aquella condición, lo que, por otra lado, dice mucho acerca de la polémica sobre si la Sociedad Laboral es o no un tipo autónomo de sociedad.

2.2. La continuación como sociedad anónima o de responsabilidad limitada ordinaria como consecuencia de la pérdida de la condición de laboral

Se llega así a la misma conclusión normativa que se alcanzaba con el artículo 19 de la LSAL de 1986 (Gómez Porrúa, 1997), que, recuérdese, establecía que la «descalificación como laboral» de la SAL no afectaba «a la continuidad de su personalidad jurídica». Igual conclusión se defendió durante la vigencia del art. 17.2 LSL.

La doctrina que se ocupó del tema con la legislación anterior realizaba varias consideraciones que son aplicables también al régimen en vigor.

Por una parte se indicaba, y se debe seguir indicando, que si la pérdida de la condición de laboral no es causa de disolución de la sociedad laboral, parece que, en principio, deberá pensarse que la sociedad continuaría funcionando como anónima o limitada ordinaria (Lucas, J. (de), 1996). Por otra, se indicaba (Lucas, J. (de), 1996, Perdices Huetos et al., 1997), y debe seguir indicando, que no obstante la continuación como sociedades anónimas ordinarias o, en su caso, como limitadas ordinarias, ello llevará consigo múltiples dificultades de no proceder a una inmediata modificación estatutaria (ya que muchas cláusulas pensadas para una SAL o para una SLL carecerían ahora de sentido) o si a muchos socios no les resulta indiferente continuar formando parte de una sociedad que en realidad se basa en una filosofía distinta y que no goza de las ventajas propias de las SAL o de la SLL, tipo social que ellos tenían en mente cuando la constituyeron.

Como se puede apreciar el legislador del 97 no atendió la sugerencia de la doctrina, manteniendo como hemos visto la misma situación que en la Ley del 86. La pérdida de la condición laboral por una sociedad laboral, salvo que este previsto así en los Estatutos, no es causa de disolución de la sociedad, que continuara como la sociedad anónima o la sociedad limitada que era y sigue siendo después de la pérdida de dicha condición. Pero no hay tampoco transformación social (Lanzas Galvache, 1987; Civera García, 1997). No estamos ante un supuesto de transformación del tipo social de una SAL o una SLL en el tipo SA o SL normales, respectivamente. De la misma manera que la obtención de la calificación como laboral por una sociedad anónima o de responsabilidad limitada preexistente no se considerará transformación social ni estará sometida a las normas aplicables a la transformación de sociedades (art. 4.4) (Lanzas Galvache, 1987), la pérdida de dicha condición tampoco se le considerará de tal modo ni se le aplicarán dichas normas.

A efectos de la legislación de arrendamientos, la Disp. Adicional Tercera LSLP recalca específicamente que «no existe transmisión» cuando una sociedad laboral sea descalificada como tal. Y que no hay transformación se deduce igualmente de la forma en que se debe hacer constar en el Registro Mercantil la pérdida de la condición de laboral: mediante nota marginal en la hoja abierta a la sociedad.

Adviértase que al no tratarse de una transformación social, para los socios de la sociedad laboral descalificada que no sea lo mismo, dada la peculiar fisonomía de las sociedades laborales tienen dos opciones: continuar en la sociedad como un socio capitalista, más allá de su vínculo laboral ahora completamente independiente de la relación jurídica societaria; o acogerse al derecho de separación en los términos contemplados en el art. 16 LSLP.

Por supuesto que nada impide que con base en el art. 368 TRLSC la Junta General, ante la pérdida de la calificación de laboral, acuerde la disolución de la sociedad, pero en dicho caso, técnicamente, la causa de la disolución no es la pérdida de dicha condición, sino el acuerdo de disolverse adoptado por la Junta General con los requisitos que dichos preceptos establecen.

La pérdida de la condición de laboral de una sociedad laboral se hará constar en el Registro Mercantil por medio de una nota marginal. La LSLP se limita a indicar que, efectuado en el Registro de Sociedades Laborales asiento de baja de la Sociedad laboral como consecuencia de la resolución del órgano administrativo correspondiente que acuerda la descalificación como sociedad laboral, «se remitirá certificación de la resolución y de la baja [en dicho Registro administrativo] al Registro Mercantil correspondiente para la práctica de nota marginal en la hoja abierta a la sociedad».

2.3. La pérdida de la condición de laboral como causa de disolución prevista en los Estatutos

Cuando la pérdida de la condición de laboral sea causa de disolución estatutaria, será necesario el cumplimiento de las normas que se establecen en los arts. 363 y ss LSC. O dicho de otro modo, el advenimiento de la causa de disolución estatutaria no implica automáticamente la disolución de la sociedad. Su único efecto es abrir el procedimiento contemplado en los preceptos citados, el cual conducirá a su remoción o a la disolución. Lo único que no admite el legislador es que subsista la causa de disolución. Consiguientemente, el procedimiento de los arts. 363 y ss

LSC determina que al perderse la condición de laboral ha de convocarse la correspondiente Junta General en la que se podrán adoptar dos tipos de acuerdos:

1º) Disolver la sociedad, para lo cual será suficiente un acuerdo ordinario.

2º) Remover la causa de disolución. Acuerdo que, en nuestra opinión, se puede efectuar a través de una modificación de estatutos que suprima la causa de disolución estatutaria, pero también adoptando aquel acuerdo o acuerdos que permitan conservar, si fuere posible, la calificación de laboral.

En caso de no adoptarse ninguno de estos dos acuerdos, los administradores están obligados, y cualquier interesado facultado, para solicitar al juez la disolución de la sociedad.

La conveniencia de disponer en los Estatutos esta causa de disolución es manifiesta si se quiere que los socios en Junta General decidan, en última instancia, sobre la continuidad o no de la sociedad en caso de pérdida de la condición de laboral. Ciertamente que en algunos supuestos los socios en Junta General ya deben ser conscientes de que algunas decisiones en ella adoptadas llevará consigo la pérdida de la condición de laboral —por ejemplo, determinadas reducciones de capital—. Pero otras veces, la pérdida de tal condición será consecuencia de decisiones ajenas a la competencia de la Junta General o incluso de decisiones ajenas a la propia sociedad. En estos casos, puede ser conveniente, sobre todo en las sociedades con vocación más participativa, que la Junta General tenga la última palabra sobre la continuación o no de la sociedad laboral como una SA o SRL normal cuyas reglas de juego, sustantivas y fiscales, varían en algunos aspectos, cuando menos, de cierta importancia. Y aunque la sociedad puede acordar en cualquier momento su disolución sin necesidad de acreditar la concurrencia de ninguna causa, la disolución por simple acuerdo de la Junta General requiere que el acuerdo sea adoptado cumpliendo unos quorums (SA) o mayorías (SL) más amplios que los requeridos para los acuerdos ordinarios. Por el contrario, incluir la pérdida de la condición de laboral como causa de disolución estatutaria facilita la disolución de la sociedad, ya que la disolución requiere simplemente un acuerdo ordinario. Sin que, por otro lado, la sobreveniencia de la causa implique su automática disolución, ya que es posible removerla. Eso sí, la disolución únicamente podrá ser evitada cuanto menos a través de una modificación de estatutos.

IV. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD LABORAL

La apertura de la liquidación, que se produce por la disolución, acarrea *efectos* importantes sobre la propia sociedad, sobre los socios y sobre terceros.

a) La liquidación no afecta a la personalidad jurídica de la sociedad, ni tampoco a su capacidad; pero produce modificaciones sustanciales. El fin social no será ya el ejercicio de una actividad económica, sino la extinción de la sociedad. Como consecuencia de ello, la sociedad deberá tender a dejar de ejercitar el objeto social, aunque éste no desaparece ni se modifica; y, sobre todo, se modifica la estructura orgánica de la sociedad, destacando en este punto la sustitución de los administradores por los liquidadores. Durante el tiempo que dure la liquidación, la sociedad deberá añadir a su nombre la frase «en liquidación». Para todo lo demás, continuarán aplicándose a la sociedad en liquidación las mismas normas previstas para el período de explotación.

b) Disuelta la sociedad, el socio conserva todos los derechos; sin embargo, el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales se sustituye por el derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación que incluye, también, la devolución del valor de la aportación. Además, en caso de aportación social a título distinto del de propiedad, los estatutos pueden recoger el derecho a la restitución del mismo bien aportado. En fin, en la sociedad anónima experimenta sustanciales modificaciones la obligación de aportar diferida (desembolsos pendientes), ya que la competencia para exigir su cumplimiento se atribuye a los liquidadores, pierde eficacia la eventual cláusula estatutaria de fijación del plazo de desembolso, y su exigibilidad se subordina a la circunstancia de que resulte necesario para la satisfacción de los acreedores.

c) La apertura de la liquidación no modifica la posición jurídica de los acreedores sociales: no hace exigibles las deudas sociales no vencidas, no extingue ni modifica los contratos concluidos por la sociedad y no priva a los acreedores de los medios de protección de sus derechos.

1. Los liquidadores

Como consecuencia de la disolución, los administradores pierden su representación para hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones y serán sustituidos por los liquidadores, quienes asumirán las funciones de administración y representación propias del período de liquidación.

Puede, pues, afirmarse que serán de aplicación a los liquidadores las normas previstas para los administradores que no se opongan a lo establecido expresamente para aquellos, ni sean incompatibles con el período de liquidación en que la sociedad se encuentra.

Serán liquidadores «quienes fueren administradores al tiempo de la disolución, salvo que se hubieren designado otros en los estatutos o que, al acordar la disolución, los designe la junta general»; y se admite también el nombramiento judicial de liquidadores cuando la liquidación se prolongue excesivamente. Además, la Ley de Sociedades de Capital establece dos importantes normas relativas al *poder de representación* de los liquidadores. La primera, referente a su atribución, consiste en prever que, «salvo disposición contraria de los estatutos, el poder de representación corresponderá a cada liquidador individualmente». La segunda norma, relativa al ámbito del poder de representación, es la de que «la representación de los liquidadores se extiende a todas aquellas operaciones que sean necesarias para la liquidación de la sociedad».

Los liquidadores llevarán los libros y correspondencia de la sociedad y velarán por la conservación de su patrimonio, debiendo redactar el balance inicial (o balance de apertura de la liquidación) y el final (o balance de cierre de la liquidación), e incluso, si la liquidación se prolongase, habrán de presentar a la junta general un estado anual de cuentas y un informe pormenorizado de la liquidación.

Finaliza la función de los liquidadores por haberse realizado la liquidación (incluida la división del patrimonio), por revocación de sus poderes por la junta general y por decisión judicial fundada en justa causa. El liquidador nombrado por el juez sólo podrá ser cesado por el juez.

En las sociedades anónimas, el legislador también ha previsto el nombramiento facultativo de un órgano de fiscalización: los *interventores*. Este órgano aparece cuando lo soliciten accionistas que reúnan el cinco por ciento del capital o el sindicato de obligacionistas. Su función se centra en vigilar las operaciones de liquidación, en especial, la censura del balance final.

2. *Las operaciones liquidatorias*

Las operaciones liquidatorias comienzan con la elaboración del inventario y del balance inicial, documentos contables que marca el tránsito entre el período activo y el de liquidación, permiten conocer el estado

patrimonial de la sociedad y facilitan, en su caso, la sustitución de los administradores por los liquidadores.

Seguidamente ha de liquidarse el activo y el pasivo de la sociedad, es decir, han de pagarse las deudas, cobrarse los créditos, al mismo tiempo que se deben ir preparando los bienes para su posterior división. En las sociedades anónimas, se establece que la obligación de aportar que hubiese quedado pendiente podrá ser inmediatamente exigida por los liquidadores aunque se hubiera diferido estatutariamente, siempre que resulte necesario para la satisfacción de los acreedores.

Para realizar la liquidación los liquidadores percibirán los créditos sociales y pagarán las deudas sociales; podrán *consignar* el importe de los créditos y asegurar el pago de los no vencidos; realizar *nuevas operaciones* siempre que sean necesarias para la liquidación y proceder a la *enajenación de los bienes sociales*.

Los liquidadores, una vez finalizadas las operaciones liquidatorias, formularán el balance final, donde se incluirá la cuota de activo social que corresponde a cada socio, que se someterá a la consideración de la junta general.

3. El reparto del patrimonio resultante de la liquidación

El reparto del haber social entre los socios queda supeditado a la concurrencia de dos presupuestos. El primero, de carácter sustantivo, es que hayan sido satisfechos todos los acreedores, consignado el importe de sus créditos o asegurado el pago de los no vencidos. El segundo, de carácter formal, es el transcurso del término para impugnar el balance final sin que contra él se hayan formulado reclamaciones o la firmeza de la sentencia que las hubiese resuelto.

La división del patrimonio se somete a importantes reglas legales, que disciplinan el derecho del socio a la cuota de liquidación:

a) No cabe excluir a ningún socio de la participación en el reparto, pues se trata de un derecho esencial.

b) Debe mantenerse una regla de proporcionalidad, derivada del principio de paridad de trato, lo que no excluye la existencia de privilegios.

c) Salvo acuerdo unánime de los socios —o disposición estatutaria al respecto— la cuota de liquidación será satisfecha en dinero.

4. La cancelación registral

Una vez finalizadas las operaciones liquidatorias y repartido, en su caso, la cuota de liquidación restará por efectuar la cancelación registral de la sociedad, lo que deberá hacerse tanto en el registro administrativo competente como en el Registro mercantil.

Bibliografía

- ANDREU MARTÍ, M. M. (2013). «Capítulo II. Consideraciones sobre la propuesta de reforma de la ley de sociedades laborales». En AA.VV. (dirs. GÓMEZ y PARDO), *Economía social y derecho: problemas jurídicos actuales de las empresas de economía social*, pp. 19-47.
- BARRERO RODRÍGUEZ, E. (2015). «Consideraciones sobre la reforma del régimen legal de las sociedades laborales», *RdS*, núm. 45, 249-289.
- BATALLER GRAU, J. (2000). *La reactivación de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid.
- (2010). «La simplificación del régimen jurídico de disolución de las sociedades de capital». En AA.VV. (dir. HIERRO), *Simplificar el Derecho de sociedades* (519-576). Madrid.
 - (2011). «La disolución». En AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (pp. 2531 y ss). Madrid.
 - (2011). «La disolución de la cooperativa». En AA.VV. (dir. BATALLER) *Pérdidas, disolución e insolvencia en la sociedad cooperativa* (pp. 84-132). Madrid.
 - (2017). «La disolución». En AA.VV. (dirs. ROJO & BELTRÁN), *La liquidación de las sociedades mercantiles*, 3ª ed. Valencia.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (1994). «La extinción de la sociedad en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada». En AA.VV., *La reforma de la Ley de sociedad de responsabilidad limitada* (pp. 837 y ss.). Madrid.
- (1997). *La disolución de la sociedad anónima*, 2ª ed., Madrid.
 - (1997). «La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución», *Aranzadi Civil*, 1997-III, 49 y ss.
- BLANQUER UBEROS, R. (2010). *Disolución, Liquidación y Reactivación de las Sociedades Anónimas y Limitadas*. Madrid.
- CALVO VÉRGEZ, J. (2016). «En defensa de las sociedades laborales: la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, y la creación de un nuevo marco jurídico destinado al fortalecimiento de estas entidades». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 73-98.
- CERDÁ ALBERO, F. (2000). *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, Valencia.
- CIVERA GARCÍA, A. (1994). «Consideraciones en torno a la nueva Ley de Sociedades Laborales», *RGD*, 9194 y ss.
- DE EIZAGUIRRE, J. M. (2000). *La disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid.

- DE EIZAGUIRRE/ DE ANGULO (1993). «Disolución y Liquidación. Obligaciones (Arts. 260 al final)». En AA.VV. (dir. SÁNCHEZ CALERO), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid.
- FORNIÉS BAIGORRI, A. (1988). «La participación de los trabajadores en la empresa en el Derecho comunitario y en el Derecho español. La Ley de 25 de abril de 1986 de sociedades anónimas laborales». En *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, V. II, (pp. 365 y ss.). Madrid.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (1998). «La liquidación societaria y formas de actuar la liquidación social», *RGD*, n° 640-641, 549 y ss.
- (2001). *La reactivación de la Sociedad de responsabilidad limitada*, Pamplona.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L. (1989). «La disolución de la sociedad anónima: aspectos generales», *CDC*, p. 97 y ss.
- GÓMEZ PORRÚA, J. M. (1997). «La nueva regulación de las sociedades laborales», *DN*, núm. 80, 1-30.
- LANZAS GALVACHE, J. (1987). «Las Sociedades Anónimas Laborales», *RCDI*, núm. 580, 663-710.
- LUCAS, J. (de) (1996). «Sociedades Anónimas Laborales», en *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*, Colegios Notariales de España, T. II, Madrid.
- MACHADO PLAZAS, J. (1997). *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Madrid.
- MUÑOZ MARTÍN, N. (1991). *Disolución y derecho a la cuota de liquidación en la sociedad anónima*, Valladolid.
- (1996). «La disolución de sociedades de responsabilidad limitada». En AA.VV., *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, t. II, (pp. 1053 y ss.) Madrid,
- (1998). «Pérdidas y disolución de la Sociedad de Responsabilidad Limitada». En *Estudios en homenaje a Justino. F. Duque*, (pp. 511 y ss). Valladolid.
- NEILA NEILA, J. M. (1998). *Sociedades laborales: análisis sistemático de la ley 4/1997, de 24 de marzo*. Madrid.
- PALÁ LAGUNA, R. (1998). «La reactivación de la sociedad de responsabilidad limitada», *RdS*, año VI/1998, núm. 10, 69 y ss.
- PAZ ARES, C. (1983). «Disolución de sociedades de responsabilidad limitada por paralización de órganos sociales (nota a la STS de 15 de febrero de 1982)», *ADC*, II, 1073 y ss.
- PERDICES HUETOS, A. et. al. (1997). *Sociedades Laborales (Ley 4/1997, de 24 de marzo)*. Pamplona.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (1993). «Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada», *RCDI*, 1487 y ss.
- SALELLES, GARCÍA-CRUCES Y SOLER (2009). «Disolución y liquidación». En AA.VV. (dirs. ARROYO & EMBID), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2ª ed. (pp. 1135 y ss.). Madrid.
- SELVA SÁNCHEZ, L. M. (1996). «Consideraciones críticas acerca de la proposición de ley de sociedades laborales». *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 1329-1338.
- SEQUEIRA MARTÍN, A. (2001). «Comentario a los arts. 260 y ss. LSA». En AA.VV. (dirs. ARROYO & EMBID), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, t. III, (pp. 2467 y ss.). Madrid.

- URÍA, MENÉNDEZ Y BELTRÁN (1992). «Disolución y liquidación de la sociedad anónima (arts. 260 a 281 LSA)», en AA.VV. (dir. URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Madrid.
- (2007). «Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada (arts. 104 a 123 LSRL)», 2ª ed., en AA.VV. (dir. URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Madrid.
- VEGA VEGA, J. A. (1994). *Sociedades Anónimas Laborales (Con formularios prácticos y legislación)*, Madrid.
- VICENT CHULIÁ, F. (1993). «Responsabilidad de los administradores en sociedades no operativas», *DN*, nº 28, 1 y ss.

La Sociedad Laboral y el Concurso

MARÍA ISABEL CANDELARIO MACÍAS¹

Profesora Titular de Derecho Mercantil

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SOCIEDAD LABORAL. PANORÁMICA Y NORMATIVA. III. EL CONCURSO DE ACREEDORES. PANORÁMICA Y NORMATIVA. IV. PRESUPUESTO SUBJETIVO DEL CONCURSO Y LA SOCIEDAD LABORAL. V. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LAS RELACIONES LABORALES. VI. LA ORDENACIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES. VII. CONCLUSIONES. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Las sociedades laborales junto con las sociedades cooperativas han venido integrando lo que se conoce como Economía Social, *ítem* más, éstas se han empleado, en muchas ocasiones, con la finalidad instrumental de alcanzar la reconversión y la superación de la situación de crisis económica. Téngase presente, en este ámbito, lo que se declara en la propia Exposición de Motivos de la Ley 44/2015, al decir: «pero las sociedades laborales también son por sus fines y principios orientadores, entidades de la economía social, como señala explícitamente la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de economía social, y por tanto, deben ser acreedoras de sus políticas de promoción, entre las que figura el mandato a los poderes públicos de crear un entorno que fomente el desarrollo de iniciativas económicas y sociales en el marco de la economía social. Con este objetivo, la disposición adicional séptima de esta Ley ordenaba al Gobierno que remitiera a las Cortes un proyecto de ley que actualizase y revisase la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales».

Con independencia de lo anterior, no podemos olvidar que estamos ante sociedades mercantiles. La sociedad laboral es un tipo especial de sociedad mercantil, donde la mayoría del capital pertenece en propiedad a los trabajadores, que prestan en ella servicios de forma onerosa o retri-

¹ Orcid: 0000-0002-8646-9242.

buida, con una relación personal y directa ilustrada en una relación laboral por tiempo indefinido. En este sentido, cabe destacar la importancia subjetiva de la relación laboral en este tipo social, al punto que condiciona al tipo social y se convierte en sociedad laboral. En otras palabras, la participación del trabajador en la empresa le ofrece un cariz diferenciado.

Cabalmente, el dato sobresaliente de este tipo social viene proporcionado por el hecho que el capital de estas sociedades pertenece a los trabajadores, lo cual la hace especial en relación al resto de sociedades mercantiles, sean de capitales o de personas. El objetivo pretendido es analizar cómo incide el Derecho concursal en este tipo social, cuales son las peculiaridades en este tipo respecto a lo que acaece cuándo la declaración de concurso incide sobre otra persona jurídica, que no sea una sociedad laboral. A tal efecto, hemos de calibrar los diferentes parámetros que configuran la sociedad laboral, así como observar la incidencia y el desarrollo del concurso en este tipo social.

II. LA SOCIEDAD LABORAL. PANORÁMICA Y NORMATIVA

Los antecedentes² de la sociedad laboral nos lo encontramos, en especial, en el despliegue que se manifiesta en la Ley 4/1997. Destaca como rasgo de la sociedad laboral: «el control que los socios trabajadores por tiempo indefinido deben ejercer sobre la sociedad (bien por el capital como reza en la LSL, bien por el número de votos como pretende la reforma), como, en el principio democrático que está en la base de la misma, que requiere que los trabajadores con contrato indefinido puedan adquirir fácilmente la condición de socio».

En la actualidad, la sociedad laboral se encuentra reglamentada en la Ley 44/2015³, de 14 de octubre de *sociedades laborales y partici-*

² Al respecto, véase a García Ruiz, E., (2013). «El régimen legal de las sociedades laborales sometido a revisión». N.º. 41. *Revista de Derecho de Sociedades*, julio-diciembre.

³ Prescribe el Considerando número III de la norma, que los objetivos son: «Mejora su régimen jurídico con los objetivos de fomentar la participación de los trabajadores en las empresas, facilitando su acceso a la condición de socio, al tiempo que se incorporan nuevas medidas para asegurar el control de la sociedad por parte de los trabajadores, aumentar la utilidad de las sociedades laborales y su preferencia por parte de los emprendedores. Pretende fortalecer su vertiente empresarial y consolidar el carácter estable y no coyuntural de este modelo empresarial. Prepara su contenido a los cambios que se producirán en torno al documento único

*pad*⁴ (en adelante LSLP), junto a esta norma de referencia, aparece como complementaria la Ley de Sociedades de Capital⁵ y demás normas y reglamentos de ejecución⁶.

Prescribe el artículo 1: «las sociedades laborales son aquellas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que se someten a los preceptos establecidos en la presente Ley».

Se puede obtener la calificación de sociedad laboral⁷ las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada las que cumplan con una serie de condicionantes: a) que al menos la mayoría del capital social sea propiedad

electrónico y reestructura el articulado eliminando preceptos superfluos e incorporando otros necesarios».

⁴ BOE N°. 247, de 15 de octubre de 2015.

⁵ BOE N°. 161, de 03 de julio de 2010.

⁶ Más en Cortés García, E., (2017). «Sociedades Laborales». *En GPS. Derecho de Sociedades* (Dir. Candelario Macías, M^a. I.). 2°. Edic. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 513 y ss.

⁷ Obsérvese el punto 2º y 3º del art. 1 de la Ley, que ordena: «2. Podrán obtener la calificación de “Sociedad Laboral” las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que cumplan los siguientes requisitos:

a) Que al menos la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido.

b) Que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social, salvo que:

La sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite establecido en este apartado. Se trate de socios que sean entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, entidades no lucrativas o de la economía social, en cuyo caso la participación podrá superar dicho límite, sin alcanzar el cincuenta por ciento del capital social.

En los supuestos de transgresión sobrevenida de los límites que se indican en los apartados a) y b) del presente artículo, la sociedad estará obligada a acomodar a la ley la situación de sus socios, en el plazo de dieciocho meses a contar desde el primer incumplimiento.

c) Que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios no sea superior al cuarenta y nueve por ciento del cómputo global de horas-año trabajadas en la sociedad laboral por el conjunto de los socios trabajadores. No computará para el cálculo de este límite el trabajo realizado por los trabajadores con discapacidad de cualquier clase en grado igual o superior al treinta y tres por ciento.

de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido. b) que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera persona del capital social, excepto que la sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto serán distribuido al cincuenta por ciento. c) que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios no sea superior al cuarenta y nueve por ciento del cómputo global de horas-año⁸.

Hay que puntualizar que las cuestiones registrales de este tipo social se contienen en la *Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*⁹, Ley 20/2013, de 9 de diciembre. Asimismo, hemos de estar a lo prescrito por el art. 2¹⁰,

Si fueran superados los límites previstos en este apartado, la sociedad deberá alcanzarlos, de nuevo, en el plazo máximo de doce meses. El órgano del que dependa el Registro de Sociedades Laborales podrá conceder hasta dos prórrogas, por un plazo máximo de doce meses cada una, siempre que se acredite en cada solicitud de prórroga que se ha avanzado en el proceso de adaptación a los límites previstos. El plazo de adaptación en los casos de subrogación legal o convencional de trabajadores será de treinta y seis meses, pudiendo solicitarse igualmente las prórrogas previstas en este apartado.

3. La superación de límites y las circunstancias que originen dicha situación, así como su adaptación posterior a la ley, deberán ser comunicadas al Registro de Sociedades Laborales, en el plazo de un mes desde que se produzcan, a los efectos previstos en el apartado 2 del artículo 15 de la presente ley».

⁸ Cfr. *in totum*, Barrero Rodríguez, E., (2015). «Consideraciones sobre la reforma del régimen legal de las sociedades laborales». N.º. 45. *Revista de Derecho de Sociedades*, julio-diciembre.

⁹ BOE N.º. 295, de 10 de diciembre de 2013.

¹⁰ Ordena el artículo 2. *Competencia administrativa*. «1. Corresponde al Ministerio de Empleo y Seguridad Social o, en su caso, a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que hayan recibido los correspondientes trasposos de funciones y servicios en materia de calificación y registro de sociedades laborales, el otorgamiento de la calificación de “Sociedad Laboral”, así como el control del cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley y, en su caso, la facultad de resolver sobre la descalificación. La calificación otorgada por una autoridad competente tendrá plena eficacia en todo el territorio nacional, sin necesidad de que la sociedad realice ningún trámite adicional o cumpla nuevos requisitos.

A tal efecto se llevarán a cabo actuaciones de armonización, colaboración e información entre el Registro del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Registro Mercantil y los Registros de las Comunidades Autónomas. En particular, el Registro del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, sin menoscabo de las competen-

relativo a la competencia administrativa para calificar la sociedad laboral, de la Ley 44/2015.

Es difícil ofrecer una definición de que sea sociedad laboral, si bien es cierto que tanto de la Ley precedente Ley 4/1997 y la actual, se persigue que la mayoría del capital social sea propiedad de los trabajadores que prestan en la sociedad servicios retribuidos de forma personal y directa en adecuación a una relación laboral por tiempo indefinido.

En la mente del legislador lo querido es que la mayoría del capital social sea laboral y se corresponda su pertenencia a los trabajadores de forma estable, de suerte que la mayoría del capital social se encuentre representado por acciones o participaciones sociales. Se ha de remarcar el dato, en igualdad de condiciones tanto en la anterior Ley como la vigente, que ninguno de los socios podrá ser titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social.

De una primera lectura de la Ley de sociedad laboral, podemos inferir algunas características que configuran la precitada sociedad, tales como:

a) Se trata de una sociedad mercantil que puede ser Anónima o de Responsabilidad Limitada. A grandes rasgos, cabe señalar que la responsabilidad de los socios se referencia sólo a las aportaciones proporcionadas.

cias de las Comunidades Autónomas, integrará en una base de datos común la información que obre en los distintos registros de las Comunidades Autónomas que sea necesaria para el ejercicio de las competencias atribuidas en materia de supervisión y control a las autoridades competentes.

2. La calificación de “Sociedad Laboral” se otorgará previa solicitud de la sociedad, a la que acompañará la documentación que se determine reglamentariamente.

En todo caso, las sociedades de nueva constitución aportarán copia autorizada de la correspondiente escritura, en la que conste expresamente la voluntad de los otorgantes de fundar una sociedad laboral.

Si la sociedad es preexistente, deberá aportar certificación literal del Registro Mercantil sobre los asientos vigentes relativos a la misma, copia autorizada de la escritura de elevación a público de los acuerdos de la Junta General favorables a la calificación de sociedad laboral y a la modificación de los artículos de sus estatutos para adaptarlos a lo previsto en esta ley, así como del Libro registro de acciones nominativas o del Libro registro de socios que refleje la titularidad de las acciones o participaciones.

3. Los trámites necesarios para la calificación e inscripción de una sociedad como sociedad laboral podrán realizarse a través de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos que se habiliten al efecto.

4. La calificación prevista en el presente artículo no será de aplicación a lo establecido en el capítulo III de la presente ley».

b) En cuanto a los tipos de socios, cabe puntualizar que nos encontramos con aquellos:

– De clase laboral: estamos ante los socios que mantienen con la sociedad una relación laboral por tiempo indefinido.

– De clase general: estamos ante los socios que no poseen ninguna relación laboral con la sociedad y, si procedieran a tener alguna relación, no será por tiempo indefinido.

c) En lo que hace al capital social (*cfr.*, art. 5 LSL)¹¹, se atiende a la vestidura que se escoja, de tal suerte que:

– Si es una Sociedad Anónima Laboral, el capital social debe ser como mínimo 60.101,21€, dividido en acciones nominativas, de las cuales como mínimo el 25% debe estar desembolsado en el momento de la constitución.

– Si es una Sociedad Limitada Laboral, el capital social mínimo es de 3.005,06€, dividido en participaciones sociales y debe estar íntegramente desembolsado en el momento de su constitución.

d) En la sociedad laboral aparece una limitación máxima al capital social que puede tener cada socio, representada en un tercio, excepto si los socios son las Administraciones Públicas, las Sociedades Públicas participadas por estas, las asociaciones y entidades sin ánimo de lucro, en estos casos, sí podrán superar dicho límite sin llegar al 50%. De esto se infiere

¹¹ Dice el artículo 5. *Capital social. Clases de acciones y participaciones*. «1. El capital social estará dividido en acciones nominativas o en participaciones sociales. Las acciones y participaciones, sean de la clase que sean, tendrán el mismo valor nominal y conferirán los mismos derechos económicos, sin que sea válida la creación de acciones o participaciones privadas del derecho de voto.

2. Las acciones y participaciones de las sociedades laborales se dividirán en dos clases: las que sean propiedad de los trabajadores cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido y las restantes. La primera clase se denominará “clase laboral” y la segunda “clase general”. La sociedad laboral podrá ser titular de acciones y participaciones de ambas clases.

3. En los supuestos de transmisión de acciones o participaciones que supongan un cambio de clase por razón de su propietario, los administradores sin necesidad de acuerdo de la Junta General procederán a formalizar la modificación del artículo o artículos de los estatutos a los que ello afecte, otorgando la pertinente escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil, una vez inscrita en el Registro de Sociedades Laborales.

4. La memoria anual de las sociedades laborales recogerá las variaciones de capital social que haya experimentado dicha sociedad durante el ejercicio económico de referencia».

que el número mínimo de socios debe ser tres, de los cuales al menos dos deben ser socios trabajadores.

e) La sociedad laboral constituida a partir del 15 de noviembre del 2015 puede conformarse con dos personas socias trabajadoras, siempre que en el plazo de 36 meses se adecúen a los términos que se reflejan en el precedente apartado.

La Ley disciplina una limitación en términos de horas/año trabajadas para la contratación de trabajadores asalariados por tiempo indefinido; ésta es del 49% del total de horas/año ejecutadas por el conjunto de los socios trabajadores.

f) La especialidad del derecho de adquisición preferente (*cfr.*, art. 6 LSLP)¹², en cuanto que la persona titular de acciones o participaciones

¹² Léase el artículo 6. *Derecho de adquisición preferente en caso de transmisión voluntaria «inter vivos» de acciones o participaciones.* «1. Las acciones y participaciones, salvo previsión estatutaria en contra, podrán transmitirse libremente a los socios trabajadores y trabajadores no socios con contrato por tiempo indefinido. En este caso, el transmitente deberá comunicar a los administradores de la sociedad por escrito y de modo que asegure su recepción, el número y características de las acciones o participaciones que se proponga transmitir y la identidad del adquirente.

2. En los demás supuestos, el propietario de acciones o participaciones comunicará a la sociedad el número, características y términos económicos de las acciones o participaciones que se proponga transmitir para que ésta traslade la propuesta en el plazo máximo de diez días simultáneamente a todos los posibles interesados (trabajadores indefinidos, socios trabajadores y socios generales), que deberán manifestar su voluntad de adquisición en un plazo máximo de 20 días contados desde que les fue notificada la transmisión proyectada.

Recibidas las ofertas de compra, los administradores dispondrán de 10 días para comunicar al vendedor la identidad del o de los adquirentes, priorizándose los interesados, en caso de concurrencia, de acuerdo al siguiente orden de preferencia: 1.º Trabajadores indefinidos no socios, en relación directa a su antigüedad en la empresa.

2.º Socios trabajadores, en relación inversa al número de acciones o participaciones que posean.

3.º Socios de la clase general, a prorrata de su participación en el capital social.

4.º Sociedad.

El orden de preferencia a favor de los grupos enumerados se seguirá sin perjuicio de lo establecido en el apartado tres de este artículo.

Si no se presentasen ofertas de compra en el plazo previsto, el propietario de acciones o participaciones podrá transmitir las libremente.

puede transmitir libremente sus acciones o participaciones a personas socias trabajadoras o trabajadoras indefinidas no socias.

Para el caso de transmisión en cualquier otro supuesto (*cfr.*, arts. 7 y 9 LSLP), la persona vendedora transmitirá a la sociedad las características de la venta, para que ésta de traslado simultáneamente a todos los posibles interesados, que tendrán 20 días para manifestar su interés por la adquisición.

La sociedad deberá resolver, en el plazo de 10 días la venta, priorizando los diversos colectivos por este orden:

- Trabajadores indefinidos que no sean socios.
- Trabajadores socios.
- Socios no trabajadores.
- Sociedad.

En el caso de que ninguno de estos ejerza su derecho de adquisición preferente (*cfr.*, art. 11 LSLP), sí podrán transmitirse libremente. Si la sociedad tampoco ejerce este derecho, el socio podrá transmitir libremente sus acciones o participaciones.

g) En lo perteneciente al fondo especial de reserva (*cfr.*, art. 14 LSLP), cabe precisar que las Sociedades Laborales, además de otras reservas legales o estatutarias que procedan están obligadas a constituir un fondo especial de reserva, dotado con el 10% de los beneficios líquidos, hasta que se alcance al menos una cifra superior al doble del capital social.

h) En el momento de la constitución de la sociedad laboral, debe solicitarse la cualificación e inscripción como sociedad laboral en el Registro

Si el socio no procediera a la transmisión de las mismas en el plazo de dos meses, deberá iniciar de nuevo los trámites regulados en el presente artículo.

3. Toda transmisión de acciones o participaciones, cualquiera que sea su clase y circunstancias, quedará sometida al consentimiento de la sociedad si con la misma se pueden superar los límites previstos en el artículo 1 de esta ley.

El consentimiento se expresará mediante acuerdo del órgano de administración en el plazo de un mes y sólo podrá denegarse si se propone, por parte de dicho órgano, la identidad de una o varias personas que adquieran las acciones o participaciones que sobrepasen los límites previstos en el artículo 1.

4. La transmisión de acciones o participaciones que no se ajusten a lo previsto en la ley, o en su caso, a lo establecido en los estatutos, no producirán efecto alguno frente a la sociedad».

Administrativo de Sociedades Laborales antes de ir al Registro Mercantil para su inscripción.

i) La Sociedad puede perder la calificación de laboral si el número de horas anuales trabajadas por contratados no socios es superior al 15 por cien de las trabajadas por los socios trabajadores (o del 25 por 100 si son menos de 25 socios). La falta de dotación del Fondo Especial de Reserva también puede causar la descalificación.

Las Sociedades Laborales pueden gozar de una serie de beneficios fiscales siempre que destinen al Fondo de Reserva, en el ejercicio en que se produzca el hecho imponible, el 25% de los beneficios líquidos del ejercicio. De hecho se recalca que una de las ventajas de constitución de este tipo social viene dado por las ventajas fiscales asociadas. Estos beneficios se basan en la exención y reducción del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a saber:

Exención del impuesto en la constitución y aumento de capital causado por la transformación de una SL en SLL.

Bonificación del 99% en las transmisiones patrimoniales de bienes provenientes de la empresa de la que proceden la mayoría de los socios trabajadores de la Sociedad Laboral.

Bonificación del 99% de la cuota que se devengue por la escritura notarial que documente la transformación en SLL.

Bonificación del 90% de las cuotas de Actos Jurídicos Documentados por las escrituras notariales de constitución de préstamos siempre que el importe se destine a la realización de inversiones en activos fijos necesarios para el desarrollo del objeto social.

Descendamos, a continuación, a los aspectos más destacados que se in-fieren de la nueva normativa en torno a la sociedad laboral, diciendo que la vigente Ley no rompe con los presupuestos establecidos por la anterior Ley 4/1997, sino que más bien se realizan mejoras en orden a promover las sociedades laborales¹³ por su condición de empresas participadas

¹³ Cfr., Andreu Martín, M.^a M., *Significado y particularidades de la sociedad laboral del siglo XXI*. Recuperado el 9 de mayo de 2017, de <http://ciriec.es/wp-content/uploads/2016/10/COMUN059-PONENT9-ANDREU-MART%C3%8D-ok.pdf>, pp. 5 y ss.

por los socios trabajadores y abiertas a la integración como socios de los demás trabajadores de la empresa¹⁴.

Flexibilización del sistema: Reducción a dos de tres el número mínimo de socios para constituir una sociedad laboral durante los primeros años de actividad, tal y como se desprende del art. 1.2 b) LSLP, en cuanto que la calificación de laboral se obtiene si ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social, salvo que la sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto están distribuidos al 50%. El régimen legal no supone un funcionamiento indefinido de las sociedades laborales de dos socios, sino simple y exclusivamente su constitución inicial con dos socios, sin duda con el aludido propósito de propiciar la constitución de esta clase de sociedades.

La supresión de trámites administrativos y ampliación de la coordinación entre los diferentes Registros, inclusive el Mercantil, en adecuación a lo disciplinado por la Ley de Garantía de Unidad de Mercado. La atribución de la calificación de laboral viene aportada por parte de las autoridades administrativas, sumado a la obligatoria inscripción en el Registro Mercantil, se ha de realizar la oportuna inscripción en el Registro del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, así como en los Registros de las Comunidades Autónomas, que procedan. Véase en este sentido el art. 2 de la LSL.

Se potencia la transformación de empresas en situación de dificultades económicas en empresas integrantes de la Economía Social, mediante la simplificación de la documentación en pos de convertirlas en sociedades laborales. Para constituir nuevas sociedades deberá aportarse copia autorizada de la correspondiente escritura en la que conste expresamente la voluntad de los otorgantes de conformar una sociedad laboral. Si ya existiese la sociedad, se deberá aportar certificación literal del Registro Mercantil sobre los asientos vigentes relativos a la misma, copia autorizada de la escritura de elevación a públicos de los acuerdos de la Junta General favorables a la calificación de sociedad laboral y a la modificación de los artículos de sus estatutos para adaptarlos a lo estipulado en la normativa, así como del Libro registro de acciones nominativas o del Libro registro de socios que refleje la titularidad de las acciones o participaciones. Ni que decir tiene

¹⁴ Para mayor información, así como legislación aplicable en torno a la sociedad laboral. Recuperado el 9 de mayo de 2017, de http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_2/contenidos/guia_2_7_4.htm.

que estos procedimientos son simplemente de carácter administrativo de calificación, y, lo mismo que sucede con el resto de sociedades mercantiles, las sociedades laborales son susceptibles de intervenir en procesos de modificaciones estructurales.

Se regula una reserva especial para las sociedades laborales, que se dotará sólo con el diez por ciento del beneficio líquido de cada ejercicio y viene delimitada ahora por el doble del capital social. Véase el art. 14 de la LSL, además de las reservas legales o estatutarias que procedan, las sociedades laborales están obligadas a constituir una reserva especial que se nutrirá con el diez por ciento del beneficio líquido de cada ejercicio hasta que alcance al menos una cifra superior al doble del capital social. La reserva especial sólo podrá destinarse por la sociedad laboral a la compensación de pérdidas en el supuesto de que no existan otras reservas disponibles suficientes para esta finalidad, así como a la adquisición de sus propias acciones o participaciones sociales, que deberán ser enajenadas a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido, según se desprende del art. 12 LSLP. La novedad es la posibilidad de adquirir acciones propias en el denominado régimen de auto-cartera¹⁵.

2. Participación y tutela de los socios trabajadores. Establecido en el art. 5. 2 de la LSLP, que habla de dos clases dentro de las acciones y participaciones de las sociedades laborales, de un lado, las que son propiedad de los trabajadores cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido (clase laboral) y, de otro, el resto (clase general). Una de las novedades más significativas de esta nueva normativa es el reconocimiento de la adquisición por la sociedad laboral de sus propias acciones o participaciones sociales, conocido este mecanismo en el mundo societario como autocartera, véase, además el Capítulo IV, Título IV del TRLSC, los negocios sobre las propias participaciones y acciones. Se ilustra, en particular, en el art. 12 de la LSL. Destaquemos algunas precisiones en torno a esta reglamentación. Por una parte, cabe reseñar que la posibilidad de adquisición por la sociedad de sus propias acciones o participaciones, ha de calificarse como táctica o instrumental, puesto que está supeditada a los condicionantes y la observación de los objetivos que disciplina la Ley. A tal efecto, las acciones y participaciones adquiridas por esta vía deberán ser enajenadas a favor de los trabajadores en el plazo máximo de tres años a contar desde la fecha

¹⁵ Barrero Rodríguez, E., (2015). «Consideraciones sobre la reforma del régimen legal de las sociedades laborales». N.º. 45. *Revista de Derecho de Sociedades*, julio-diciembre.

de la adquisición. Los beneficiarios de la enajenación de acciones y participaciones adquiridos por la propia sociedad son, exclusivamente, los trabajadores de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido, con exclusión de los trabajadores con un contrato de duración determinada. Por otro lado, la legislación no permite la adquisición por la sociedad de sus propias acciones o participaciones en términos de absoluta libertad, sino que más bien se sujeta al cumplimiento de una serie de condicionantes. Sumado a lo dicho, cabe decir que las especialidades de la autocartera en el ámbito de las sociedades laborales no impide la aplicación de la legislación básica de las sociedades de capital de conformidad con la vestimenta que se adopte. En este sentido, se ha de atender al art. 12 LSLP y artículos 143 y 150 del TRLSC.

3. Otra de las formulaciones que se han de subrayar tras la nueva regulación del tipo social: sociedad laboral viene estipulado por la mejora en la transmisión voluntaria *inter vivos ex art. 7 LSLP*. La esencia del sistema de transmisión de acciones o participaciones sociales de la LSLP, reside en la concesión a favor de determinados colectivos de un derecho de suscripción preferente de forma escalonada o sucesivo en los supuestos en que el titular de las acciones o participaciones se propusiese transmitirlos a un tercero que no ostentase la condición de trabajador de la sociedad con contrato por tiempo indefinido. Se ha de tener en consideración aquí el art. 6 de la LSLP, relativo al derecho de adquisición preferente en caso de transmisión voluntaria *inter vivos* de las acciones o participaciones sociales y distingue dos supuestos.

4. Otra de las cuestiones más relevantes que se reflejan en la nueva normativa viene proporcionado por la creación de un nuevo subtipo societario: la sociedad participada por los trabajadores. Bien es cierto que los matices y la reglamentación en torno a esta nueva figura no aparecen muy claros ni precisos en la nueva legislación, al punto, que es difícil establecer su naturaleza jurídica. El artículo 18¹⁶ de la LSLP viene a promocionar la

¹⁶ Manda el artículo 18. *Fundamento y principios*. «1. Los poderes públicos promoverán la constitución y desarrollo de las sociedades participadas por los trabajadores. 2. La participación de los trabajadores en los resultados y en la toma de decisiones de las sociedades contribuye al aumento de la autonomía del trabajador en su lugar de trabajo, y fomenta la colaboración en la estrategia futura de la empresa. 3. Las sociedades participadas por los trabajadores se someten a los siguientes principios:
a) Promoción del acceso de los trabajadores al capital social y/o a los resultados de la empresa.

constitución de este nuevo subtipo, siendo el art. 20 el que viene a reconocerlo. No obstante, hay que decir que si uno lee detenidamente estos preceptos, sólo se obtienen principios programatorios, que si bien pueden aceptarse con carácter general, a la hora de materializarlos no resulta tan sencillo y es que en la realidad no podemos hablar de un régimen jurídico acabado y preciso en torno a estas sociedades participadas por los trabajadores.

5. Para finalizar las novedades principales que se extraen de la nueva normativa, se ha de remarcar que ésta atiende a los Principios de Buen Gobierno, es decir, se traspone lo estipulado en la Ley 31/2014¹⁷, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, en particular, en todo lo relativo a la mejora de la gestión societaria. En este sentido, véase lo que se contiene en el art. 13, apartado 3º de la LSLP.

III. EL CONCURSO DE ACREEDORES. PANORÁMICA Y NORMATIVA

El concurso de acreedores tiene como referente y faro la Ley 22/2003, de lo concursal, de 9 de julio¹⁸, en adelante LCon, que arrastra tras de sí importantes consecuencias en la vida económico-empresarial. La norma referida constituye el pilar sobre el que se asienta en nuestro país la arquitectura concursal, antes bien la reglamentación jurídica de la insolvencia del deudor frente a una pluralidad de acreedores viene recogida, —además de la precitada— en un acopio normativo, que cada día se viene incrementando y nutriendo con más leyes, toda vez que ante el contexto de crisis económica que se atraviesa, ilustrada en el aumento de declaraciones de concursos y de reconocimiento de situaciones de dificultades económicas, hace florecer la necesidad de actuar, regular y resolver estas situaciones. Es

b) Fomento de la participación de los trabajadores en la toma de decisiones de la sociedad.

c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad».

¹⁷ BOE N.º. 293, de 4 de diciembre de 2014.

¹⁸ BOE N.º. 164, 10 de julio de 2003.

verdad que con el transcurrir del tiempo, la Ley 22/2003 no ha resultado todo lo satisfactoria en relación al marco económico y la nueva situación de crisis económica y financiera que era y, —es aún más protagonista—. En efecto, la regulación detallada se dicta en un período temporal de «bonanza» económica. Con el deambular del tiempo y, al momento actual, donde nos hallamos inmersos en un período, que podemos adjetivar de «crisis» o «recensión» económica, se han ido «agregando», «parcheando» o «modificando» algunos de los preceptos de la Ley 22/2003, en particular, durante los años 2009, 2011¹⁹, 2014 y 2015, respectivamente y, atisbando en el horizonte, que no se quedarán aquí las reformas, sino que se irán dictando disposiciones sucesivas en adecuación a la situación económica²⁰, que demanda tales actuaciones. Bajo este proceder, se hacía necesario para evitar disfuncionalidades el incorporar modificaciones a la normativa base, que se han ido realizando conforme a las necesidades durante los últimos años. En un primer momento, el ajuste se ha realizado, por diferentes vías: primera, trámite la propia Disposición Adicional 2ª de la LCon, referida a los concursos especiales de entidades financieras. Téngase presente que la LCon consagra un único procedimiento denominado «concurso», informado por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema. Aunque a decir verdad, la Exposición de Motivos de la LCon expresa y matiza que *«la Ley ha respetado la legislación específica aplicable a las entidades de crédito, a las aseguradoras y a las operaciones relativas a los sistemas de pago y de compensación de valores o instrumentos financieros derivados, en gran parte impuesta por el Derecho de la Unión Europea, y que afecta a determinados aspectos del concurso. Sólo en defecto de normas especiales y en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de aquellos sistemas, se aplicarán en esta materia las de esta Ley»*.

¹⁹ Magistralmente, llama la atención sobre esta cuestión Olivencia Ruiz, M., (2012). «Los motivos de la reforma de la Ley Concursal». N.º. 17. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, pp. 23 a 30, en p. 26: «Parece olvidar el legislador que la LC no es un instrumento de política económica para luchar contra la crisis; lo es de política jurídica para el tratamiento de la insolvencia del deudor, aisladamente considerado, incluso en la fase expansiva del ciclo económico (...) el fin esencial del concurso es la satisfacción de los acreedores, y solo cabe añadirle el de continuidad de la actividad y conservación de la empresa si el deudor y los acreedores en el convenio o el interés del concurso apreciado por la administración concursal y, en definitiva, por el Juez en la liquidación, lo estiman conveniente, pero siempre con la condición de “viabilidad” o “factibilidad”».

²⁰ Véase, a modo de ejemplo, el Real Decreto-Ley 1/2014, de 21 de enero, *de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas* (BOE N.º. 22, de 25 de enero de 2014).

En lo que hace a las especialidades, vienen reconocidas no sólo por la Ley concursal *ex* Disposición Adicional Segunda, sino también por reglas especiales de manera dispersa y fragmentaria²¹; amén de lo descrito, hay que destacar que la LCon posee «*vis atractiva*» y vocación de reglamentar de forma completa y unitaria todos los procedimientos concursales y cuestiones que le atañen, tal y como se infiere del propio tenor de la Exposición de Motivos; y, a su vez, por lo contenido en la propia Disposición Adicional Segunda²².

Agregado a lo anterior y, segundo, en un momento posterior en el tiempo, aparece como regulación en torno a la materia concursal, el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, *de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica*²³, que ha comportado una singular alteración²⁴ de la Ley Concursal, tratando de

²¹ Baste como ejemplo: el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que *se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*; Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que *se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros*; Ley 6/2005, de 22 de abril, de *saneamiento y liquidación de las entidades de crédito*; Ley 25/2005, de 24 de noviembre, *reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras*, entre otras múltiples disposiciones sobre la temática.

²² Nótese que tras la última reforma de envergadura a la Ley 22/2003, mediante la Ley 38/2011, se incorpora una disposición adicional segunda bis, relativa al *régimen especial aplicable a las entidades deportivas*, amén de las diferentes regulaciones que afectan a los sujetos aquí enumerados. En efecto, el apartado ciento once del artículo único de la aludida Ley que establece lo siguiente:

«Ciento once. Se introduce una nueva disposición adicional segunda bis, con el siguiente contenido:

Disposición adicional segunda bis. Régimen especial aplicable a las situaciones de insolvencia de las sociedades deportivas.

En los concursos de entidades deportivas que participen en competiciones oficiales, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales prevea la legislación del deporte y sus normas de desarrollo. En todo caso, la sujeción a la presente ley de dichas entidades no impedirá la aplicación de la normativa reguladora de la participación en la competición.

El Gobierno, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la presente ley, deberá remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley sobre especialidades del tratamiento de la insolvencia de las sociedades y asociaciones deportivas profesionales, calificadas así por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, y de los créditos salariales de sus deportistas».

²³ BOENº. 78, de 31 de marzo de 2009.

²⁴ Al respecto, *vid.*, Sanjuán y Muñoz, F., (2009). «Refinanciación de deuda tras la reforma concursal». *La Ley*, 4 de junio. Fernández del Pozo, L., (2010). «Una

proporcionar respuestas a los inconvenientes²⁵ más urgentes, que la misma tenía planteados. En el tenor de la norma, se contienen diversas medidas destinadas a paliar la situación de crisis (en especial, se incide en la mejora de la publicidad concursal, se incorporan medidas preconcursales, se detiene en la flexibilización del procedimiento abreviado y, en otorgar una regulación más idónea del convenio anticipado y la introducción de la liquidación anticipada, entre otros extremos).

En la misma línea argumental, tercero, dirigida a introducir reformas en la LCon, hay que tener presente la aprobación de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, *de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*²⁶, ésta modificó un total de 49 preceptos de la Ley Concursal precitada, que es la guía de actuación y ordenación concursal en España. A grandes rasgos, cabe apuntar que la pretensión de esta Ley era «descongestionar» en la medida de lo posible las funciones y organización del órgano jurisdiccional, delegando atribuciones al secretario judicial o flexibilizando los plazos procesales, entre otras medidas. Sumado a lo anterior, —y en otro orden de apreciaciones—, se tiende a realizar una reforma de mayor calado en el ámbito concursal²⁷, pero sin afectar a la infraestructura básica, trámite la Ley 38/2011, de 10 de octubre, *de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal* (BOE N.º. 245, 11 de octubre de 2011)²⁸, en

lectura preconcursal del régimen jurídico de los “acuerdos de refinanciación”. El expediente registral preconcursal». N.º. 21. *Anuario de Derecho Concursal*, pp. 9 a 80, en concreto en p. 13: «la reforma, (...) es en este punto un mero parche; el Real Decreto-ley no zapa la arquitectura del sistema concursal tan trabajosamente construida, ni compromete el dogma de la unidad de procedimiento».

²⁵ Más información sobre este punto en Olivencia Ruiz, M., (2010). «El Real Decreto-Ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación». N.º. 13. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, pp. 19 y ss. *Ídem* en «Los motivos de la reforma de la Ley Concursal», *op. cit.*, p. 27, dice «ha sido una constante reforma contra la LC, “en fuego ametrallador”, a ráfagas, a las que encuentro más motivación de política económica que jurídica». También en Pulgar Ezquerro, J., (2009) en *Implicaciones financieras de la Ley Concursal. Adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo*. (Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerro, J. (Dirs.)). Madrid: La Ley, pp. 131 a 134.

²⁶ BOE N.º. 266, de 4 de noviembre de 2009.

²⁷ *Cfr.*, al respecto Hurtado Iglesias, S., (2011). «La reforma concursal. Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010». N.º 14. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, pp. 20 y ss.

²⁸ El antecedente más inmediato de la Ley 38/2011, viene proporcionado por el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal de 17 de diciembre de 2010, véase un estudio sobre el particular en el número monográfico núm. 14, de la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2011.

adelante LRCon. A la postre, hay que convenir que son variadas las modificaciones habidas con la reforma del año 2011, pero también resulta claro que a la vista de esta reforma, aún quedan pendientes otras reglas que complementen y actualicen algunas de las medidas que se imponen; *ergo*, en breve tiempo, no resultará extraño ni sorpresivo que nos encontremos con nuevas normas²⁹ que afecten a la estructura básica del Derecho Concursal, ilustrada en la Ley 22/2003. Agregado a todo lo aquí expuesto, caber simplemente reseñar que la normativa concursal se ha visto ensanchada por diferentes reformas de calado mayor o menor a lo largo de los años 2014 y 2015, respectivamente. Subrayar, entre estas, Ley 17/2014, de 30 de septiembre, *por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*³⁰ y la Ley 25/2015, de 28 de julio, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*³¹.

Sea como fuere, la panoplia normativa descrita afecta a diversos ámbitos, a nuestro interés y preocupación la declaración de concurso sobre la sociedad laboral, que tan ligada por su configuración, naturaleza y funcionalidad, se ve fuertemente influida en diversos aspectos por esta singular Ley concursal. Nótese que derivado de la situación económica la LSL se convierte en un «manto» preciso que junto con la Ley concursal sirva para sortear las situaciones de crisis y dificultades económicas y, por ende, no se vean abocadas a cerrar, liquidarse y desaparecer del mercado.

IV. PRESUPUESTO SUBJETIVO DEL CONCURSO Y LA SOCIEDAD LABORAL

Los sujetos que son susceptibles de aplicárseles la legislación concursal, en particular, la Ley 22/2003, vienen a configurar el presupuesto subjetivo del concurso. En efecto, dicho presupuesto viene disciplinado en el artículo 1 de la LCon, al señalar que procederá la aplicación del concurso respecto de cualquier deudor, persona natural o jurídica. Como se observa se nos ofrece un planteamiento genérico, dónde a cualquier deudor común le

²⁹ Ejemplo manifiesto se traduce en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, *de apoyo a los emprendedores y su internacionalización* (BOE N°. 233 de 28 de septiembre de 2013), que modifican los acuerdos de refinanciación e incorpora el expediente del acuerdo extrajudicial de pagos.

³⁰ BOE N°. 238 de 1 de octubre de 2014.

³¹ BOE N°. 180, de 29 de julio de 2015.

será de aplicación dicha normativa, esto es, no se realiza distinción alguna entre comerciante o no. Esta aseveración tiene su razón de ser si tenemos en cuenta la precedente normativa concursal ilustrada en la quiebra para el comerciante empresario que terminaba en liquidación, o la suspensión de pagos para aquel comerciante que quería continuar con su actividad empresarial. De igual modo, en función del sujeto nos encontrábamos con la quita y espera y el concurso de acreedores reglamentado en el Código civil. Es decir, en función del sujeto y su naturaleza le sería de aplicación un procedimiento u otro. Esto ha sido superado tras la Ley 22/2003, que persigue en todo momento la unidad legal, de disciplina y de sistema como principios informadores de la reglamentación concursal. Ahora no habrá discriminación en función de si es empresario o no, así como si estamos ante una pequeña, mediana o gran empresa, le será de aplicación la Ley «faro» 22/2003.

Cierto es que la legislación plantea una fórmula muy amplia, de ahí que tengamos que responder a ¿Qué sujetos entrarían dentro de esta definición? Todo tipo de personas jurídicas o no? Entraría también el consumidor; el emprendedor; la cooperativa, entre otros. Ya hemos anticipado que atendiendo al criterio rector del principio de unidad entraría todo sujeto empresarial, si bien es verdad que ha de tener personalidad jurídica, de ahí que sea de aplicación el art. 16 del Código de comercio. También cabría la persona no jurídica, según se desprende del tenor literal de la norma. Luego, la sociedad laboral presenta personalidad jurídica, toda vez que puede adoptar la vestidura de sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada, aún cuándo tenga sus peculiaridades, estamos ante una sociedad netamente de naturaleza mercantil, *ergo*, le será de aplicación en caso de dificultades económicas la legislación concursal *ex* Ley 22/2003.

Observando el art. 1 de la LCon, las referencias explícitas son sólo referidas, de un lado, en positivo, al concurso de la herencia aceptada pura y simplemente y, de otro, negativo al no concurso de las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de Derecho público. Entonces, la Ley concursal es de aplicación al concurso de cualquier entidad, con independencia de su actividad económica.

Ahora bien, La Ley concursal reconoce especialidades en su propia Exposición de Motivos dentro de su régimen aplicable a determinados sujetos. En este sentido, véase la Disposición Adicional Segunda y Disposición Adicional Segunda Bis/ Ter. Estas disposiciones suponen una «válvula de escape» de salida de la aplicación del Derecho concursal para determi-

nados sujetos como son las entidades financieras, entidades deportivas y concesionarias de obras públicas.

V. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LAS RELACIONES LABORALES

Hemos observado como la sociedad laboral se fundamenta en las relaciones de trabajo, de ahí que en caso de insolvencia de este tipo social, hemos de atender a cuál sería la normativa aplicable, si bien hemos de partir de una serie de consideraciones genéricas. El título III de la LCon, será el encargado de delimitar los efectos derivados de la declaración del concurso sobre el deudor y los acreedores y, regula también los efectos que provoca en los contratos³², los créditos y los actos que sean perjudiciales para la masa activa del concurso³³. Hay que expresar, *ab initio*, que los efectos patrimoniales derivados del concurso son diferentes según el concurso sea voluntario o necesario (*cf.*, art. 40 de la LCon). A modo de regla general, si el concurso es voluntario, es decir, si ha sido solicitado por el deudor, éste no pierde las facultades patrimoniales de administración y disposición. *Ergo*, el deudor conserva sus facultades, si bien sometidas a la intervención o visado de la administración concursal.

En cambio, si nos encontramos ante un concurso necesario, las facultades patrimoniales de administración y disposición quedan en suspenso, siendo sustituidas, provisionalmente, por la administración concursal.

³² Vid., por todos, Sagrera Tizón, J. M., Salas Reixachs, Ferrer Barriendos, A., (2004). *Comentarios a la Ley concursal*. Barcelona: Bosch, pp. 688 y ss. Por su lado, Bonarde Lenzano, R., (2007). «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», en AA.VV., *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal*, Tomo III, pp. 1757-1797, espec., p. 1758, declara «puede decirse que en los sistemas concursales late la orientación general (no explicitada) de continuidad de los vínculos contractuales preexistentes, a la que cabe atribuir el rango de principio general inspirador, cuya existencia presuponen y tan sólo revelan al señalar sus excepciones». Sobre los antecedentes, véase a Ichaso Urrea, J., (2005). «Consecuencias de la declaración de concurso sobre contratos». N.º. 94. *Actualidad y práctica del Derecho*, pp. 30 a 41. Bonardell Lenzano, R., (2006). *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*. N.º. 458. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 31 y ss.

³³ *Cfr.*, *in extenso*, Herbosa Martínez, I., (2003). «Los efectos del concurso sobre los acreedores, los contratos pendientes y los actos perjudiciales para la masa en el Proyecto de Ley concursal de julio de 2002». N.º. 675. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pp. 143 y ss.

Ahora bien, el Juez podrá acordar, en uno u otro caso, el cambio de situación en cualquier momento. Si el deudor no cumple, esto es, dispone de sus bienes en un concurso necesario, dicho acto de disposición podrá ser anulado por la administración concursal (previo requerimiento de los acreedores), acción que se tramitará por la vía del incidente concursal.

Es reseñable según se desprende de lo preceptuado en la LCon, que la declaración del concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional (*ex art. 44 LCon*). En caso de intervención (concurso voluntario), la administración concursal podrá determinar, con carácter general, los actos que el concurso quede autorizado a realizar. Y, en caso de suspensión (concurso necesario), será la administración quién adopte las medidas necesarias para la continuación de la actividad empresarial, pudiendo incluso solicitar el cierre parcial o total de las explotaciones. Como puede colegirse, la continuidad de la actividad empresarial está presente como faro de actuación y este planteamiento se mantendrá cuando se intentan resolver las diferentes vicisitudes que acarrearán los diferentes contratos afectados por el concurso. Pasando a valorar la ordenación de los efectos del concurso sobre los contratos, ésta se decreta en los artículos 61 a 70 de la LCon. La regla general predominante es que la declaración del concurso no afecta, in principio, a la vigencia³⁴ de estos contratos, propuesta que se acompaña de la inadmisión de cláusulas contractuales de resolución³⁵ o extinción por la sola causa de la declaración de concurso,

³⁴ Blasco Gascó, F. P., (2009). *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 9. Bonardell Lenzano, R., *Régimen de los contratos sinalagmáticos, op. ult. cit.*, pp. 43 y ss. Martínez Florez, A., (2006). «Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas». En *Comentario de la Ley Concursal* (Coord. Beltrán Sánchez, A. B., Campuzano Laguillo, Rojo Fernández-Río, A.). Vol I, pp. 1117-1161. Corral Losada, M^a. E., (2013). *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Madrid: Dykinson, pp. 5 y ss.

³⁵ *Cfr.*, Pintó Ruiz, Juan José, (2004). «Incidencia de la Ley Concursal en la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas». N^o. 252. *RDM*, pp. 653 y 654: «la nueva ley concursal reafirma la judicialización de la acción resolutoria de tal manera que el mero requerimiento de resolución “per se” no es suficiente para provocar la consiguiente mutación en el mundo jurídico de tal modo que, tal resolución, sólo se produce, bien mediante acuerdo resolutorio, bien mediante la oportuna resolución judicial...la parte perjudicada por el incumplimiento de la otra, puede escoger libremente entre la exigencia del cumplimiento o la resolución, es obvio que sin el ejercicio comunicado de esta opción, sin el soporte de tal voluntad del perjudicado no es posible decretar la resolución, ya que para que resolución se produzca hace falta el acto formal de manifestar que se opta por ella y no por la exigencia de cumplimiento, y que los Tribunales la aprueben por

aunque se mantiene la posibilidad de ejercitar la denuncia unilateral que proceda conforme a la Ley, así como la aplicación de las leyes que dispongan la extinción o expresamente faculden a las partes para pactarla en caso de concurso o liquidación administrativa³⁶ de alguna de ellas.

Se ha destacado sobremanera la importancia del calificativo laboral del tipo social que estamos tratando, por ello, es más que relevante apreciar qué sucede con las relaciones laborales y la declaración de concurso, toda vez que las consideraciones hasta aquí vertidas se referencian a la contratación en general, si bien la laboral posee sus especificidades, que vienen contenidas en el importante art. 64 de la LCon. Este amplio precepto que reglamenta qué sucede con los contratos laborales una vez abierto el procedimiento concursal, ha sido modificado con una nueva redacción por el número 2 del apartado uno del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, *de medidas urgentes en materia concursal*³⁷. Expresamente prescribe el mandato contenido en el numeral 64, en relación a los *contratos de trabajo*: «1. Los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo.

Si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción de jornada, la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso. Dentro de los tres días siguientes al de recepción del expediente, el secretario judicial citará a comparecencia a los legitimados previstos en el apartado siguiente para exponer y justificar, en su caso, la procedencia

estimarla bien fundada, procedente (en defecto de acuerdo de las partes) conforme a Derecho». También en Gómez Martín, F., (2004). *Administración Concursal*. Valencia: Ed. CISS, pp. 242 y 243.

³⁶ Para Bonardell Lenzano, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», *op. ult. cit.*, p. 1767, señala «(...) no someten los contratos afectados a un régimen integral diferente del que les corresponde con arreglo al Derecho de contratos, sino que tan sólo lo complementan o modifican en los aspectos precisados de una articulación acomodada a la situación de crisis patrimonial cuya solución se persigue. Esta circunstancia comporta que la aplicación de las normas generales incardinadas en el Derecho común de contratos únicamente quedará excluida cuando resulten incompatibles con las concretas prescripciones dictadas para el caso de concurso, lo que deberá ser tenido en cuenta como premisa metodológica a la hora de interpretar estas últimas».

³⁷ BOE N.º 125 de 26 mayo de 2015.

de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en este artículo. Las actuaciones practicadas en el procedimiento administrativo anterior hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el procedimiento que se tramite ante el juzgado.

Si a la fecha de la declaración del concurso el empresario ya hubiera comunicado a la autoridad laboral la decisión adoptada al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o, en su caso, ya hubiera recaído resolución administrativa autorizando medidas de extinción, suspensión o reducción de jornada, corresponderá a la administración concursal la ejecución de tales medidas. En todo caso, la declaración de concurso ha de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan.

2. La administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, podrán solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado.

La representación de los trabajadores en la tramitación del procedimiento corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, en el orden y condiciones señalados en el mismo. Transcurridos los plazos indicados en el referido artículo sin que los trabajadores hayan designado representantes, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca.

3. La adopción de las medidas previstas en el apartado anterior sólo podrá solicitarse del juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el capítulo I del título IV de esta Ley, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la declaración de concurso.

4. La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación.

La administración concursal podrá solicitar la colaboración del concursado o el auxilio del juzgado que estime necesario para su comprobación.

5. Recibida la solicitud, el juez convocará al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, cuya duración no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores.

En caso de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor, el juez podrá autorizar la participación del concursado en el período de consultas.

Los representantes de los trabajadores o la administración concursal podrán solicitar al juez la participación en el período de consultas de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada. A estos efectos, podrá interesar el auxilio del juzgado que se estime necesario para su comprobación. Igualmente, para el caso de unidad empresarial, y a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, se podrá reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas.

Si la medida afecta a empresas de más de cincuenta trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas deberá incluir copia de la solicitud prevista en el apartado 4 de este artículo y de los documentos que en su caso se acompañen.

El juez, a instancia de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, podrá acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período.

6. Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo.

El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos

casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

El acuerdo suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores podrá ser acompañado con la solicitud, en cuyo caso, no será necesaria la apertura del período de consultas.

En el acuerdo se recogerá la identidad de los trabajadores afectados y se fijarán las indemnizaciones, que se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores.

Al finalizar el plazo señalado o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del período de consultas.

Recibida dicha comunicación, el secretario judicial recabará un informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión.

Recibido el informe por el juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución.

7. Cumplidos los trámites ordenados en los apartados anteriores, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas, aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.

Si no hubiera sido alcanzado un acuerdo, el juez del concurso dará audiencia a quienes hubieran intervenido en el período de consultas, para lo cual, el secretario del juzgado les convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental. El juez podrá sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días.

El auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en él se disponga otra fecha posterior, y producirá las mismas consecuencias que la decisión extintiva o suspensiva adoptada por el empresario

al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o que, en su caso, la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo.

8. Contra el auto a que se refiere el apartado anterior, la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) podrán interponer recurso de suplicación, así como el resto de recursos previstos en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.

Las acciones que los trabajadores o el FOGASA puedan ejercer contra el auto en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral. El plazo para interponer la demanda de incidente concursal es de un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del juez del concurso. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

9. En el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo de las previstas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto, reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

La suspensión prevista en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo.

Tanto en este caso como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un período superior a doce meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

10. Las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo, desde que se acuerde la iniciación del procedimiento previsto en este artículo, para la extinción de los contratos. Acordada la iniciación del procedimiento previsto en este artículo, la totalidad de los procesos individuales seguidos frente a la concursada posteriores a la solicitud del concurso pendiente de resolución firme, se suspenderán hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al procedimiento de extinción colectiva. La resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vezalzada la suspensión. Igualmente se comunicará a los tribunales ante los que estuvieren tramitando los procedimientos individuales. El auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos.

11. En todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma».

Son varios los aspectos laborales, que se derivan de este importante precepto que, simplemente, vamos a destacar, a saber:

– El conocimiento de las diferentes alteraciones que sufre el contrato laboral una vez aperturado el concurso es competencia del juez de lo mercantil³⁸ —concursal— no así del laboral, *ex* art. 8 LCon, si bien se tiene presente en estos casos los informes y pareceres de la autoridad laboral si así es requerida por Ley.

– La representación de los trabajadores está salvaguardada en el procedimiento concursal y es de aplicación lo disciplinado en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores.

³⁸ Véase a González Pascual, J., y López Serrano, M., (2012). «La relación laboral en los concursos de acreedores». N.º. 866. *Tribuna de Economía*, mayo-junio, p. 157, al expresar «(...) se atribuye al juez de lo mercantil la competencia para conocer de manera exclusiva y excluyente de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción del contrato de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores».

– Para mantener el empleo y la viabilidad de la actividad empresarial el administrador concursal y los representantes de los trabajadores habrán de actuar, en todo caso, de buena fe como principio informador.

– Se da entrada al FOGASA como institución que también velará por el buen desarrollo de los acuerdos llevados a cabo entre la empresa y sus trabajadores³⁹. En este ámbito, hemos de poner de relieve la importancia que adquiere el FOGASA (Fondo de Garantía Salarial), que según se estipula en el art. 33 del Estatuto de los trabajadores en situación concursal de la empresa, adquiere especial transcendencia, en particular, apartados 2º y 3º, del art. 33⁴⁰.

³⁹ Estipula el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. *El Fondo de Garantía Salarial*. «1. El Fondo de Garantía Salarial, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario. A los anteriores efectos, se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, sin que pueda el Fondo abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días. Número 1 del artículo 33 redactado por el número uno del artículo 19 del RD-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (“BOE” 14 julio). Vigencia: 15 julio 2012».

⁴⁰ Declara el art. 33 ET, en su apartados: «2. El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 de esta Ley, y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. En todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al artículo 50 de esta Ley, se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio, con el límite fijado en el párrafo anterior.

– Las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo, desde que se acuerde la iniciación del procedimiento previsto en este artículo, para la extinción de los contratos.

Número 2 del artículo 33 redactado por el número dos del artículo 19 del RD-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (“BOE” 14 julio). Vigencia: 15 julio 2012.

3. En caso de procedimientos concursales, desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, el juez, de oficio o a instancia de parte, citará al FOGASA, sin cuyo requisito no asumirá éste las obligaciones señaladas en los apartados anteriores. El Fondo se personará en el expediente como responsable legal subsidiario del pago de los citados créditos, pudiendo instar lo que a su derecho convenga y sin perjuicio de que, una vez realizado, continúe como acreedor en el expediente. A los efectos del abono por el FOGASA de las cantidades que resulten reconocidas a favor de los trabajadores, se tendrán en cuenta las reglas siguientes:

Primera. Sin perjuicio de los supuestos de responsabilidad directa del organismo en los casos legalmente establecidos, el reconocimiento del derecho a la prestación exigirá que los créditos de los trabajadores aparezcan incluidos en la lista de acreedores o, en su caso, reconocidos como deudas de la masa por el órgano del concurso competente para ello en cuantía igual o superior a la que se solicita del FOGASA, sin perjuicio de la obligación de aquellos de reducir su solicitud o de reembolsar al FOGASA la cantidad que corresponda cuando la cuantía reconocida en la lista definitiva fuese inferior a la solicitada o a la ya percibida.

Segunda. Las indemnizaciones a abonar a cargo del FOGASA, con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de veinte días por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Regla segunda del número 3 del artículo 33 redactada por el número tres del artículo 19 del RD-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (“BOE” 14 julio). Vigencia: 15 julio 2012.

Tercera. En el supuesto de que los trabajadores perceptores de estas indemnizaciones solicitaran del FOGASA el abono de la parte de indemnización no satisfecha por el empresario, el límite de la prestación indemnizatoria a cargo del Fondo se reducirá en la cantidad ya percibida por aquellos.

Número 3 del artículo 33 redactado por el número ciento veinte del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (“BOE” 11 octubre), que introduce un nuevo apartado 3 en la disposición final decimocuarta de la Ley Concursal. Vigencia: 1 enero 2012».

– Siempre se habrá de estar a la legislación laboral como fuente complementaria y supletoria de interpretación y aplicación normativa.

VI. LA ORDENACIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES

Con carácter sucinto hemos de reseñar que los créditos laborales se integran dentro de los denominados créditos contra la masa, así como dentro de los créditos concursales. Por lo que respecta a los créditos contra la masa, vienen contemplados en el art. 84, apartado 2º de la LCon y, como es sabido, son pagados con carácter prioritario a todos los demás créditos, amén de pagarse a la fecha de vencimiento tal y como se estipula en el art. 154 de la LCon. Son créditos contra la masa los derivados de los salarios de los 30 (treinta) últimos días anteriores a la declaración de concurso, con el límite del doble del salario mínimo interprofesional, véase además el art. 32.5 del Estatuto de los trabajadores.

De otro lado, nos encontramos los créditos concursales, contenidos en sus líneas generales en el art. 89 de la LCon. Aquí hay que diferenciar en función de la garantía o privilegio que detente. De este modo, tenemos a los créditos salariales con privilegio especial del art. 90 de la LCon, en concreto, los créditos refaccionarios sobre los bienes refaccionados, incluyéndose los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado. También dentro de la categoría de créditos concursales, si bien ahora con privilegio general, hallamos según se desprende del art. 91 de la LCon, a los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pagos, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración de concurso. Igualmente, poseen privilegio general los créditos por trabajo personal no dependiente y los pertenecientes al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso.

Siguiendo con la clasificación de los créditos concursales, nos encontramos los créditos sin ningún tipo de privilegio reconocido por Ley, esto es,

los ordinarios. Integrándose dentro de esta categoría las cantidades que excedan de los límites legales de indemnización y de salario. Por último, están los créditos legalmente postergados o créditos subordinados. Esta clase de créditos se contiene en los arts. 92 y 93, respectivamente de la LCon, formando parte de ellos, aquellos créditos comunicados tardíamente, los créditos por intereses, entre otros.

VII. CONCLUSIONES

La sociedad laboral es una sociedad mercantil especial y aún cuándo se reconoce su especialidad por el fundamento de la misma basada en las relaciones laborales que la integran y la participación de los trabajadores, ésta es susceptible en caso de encontrarse en situación de dificultades económicas o insolvencia aplicársele la Ley concursal 22/2003, toda vez que dicha sociedad laboral puede adoptar como vestimenta la de sociedad anónima o bien la de responsabilidad limitada.

La sociedad laboral tiene sus antecedentes en la consideración de ser una estructura idónea para conseguir autoempleo, asimilándose en este sentido a la sociedad cooperativa, ambos tipos sociales forman parte de la economía social.

La nueva Ley 44/2015, viene a mejorar el régimen jurídico de estas sociedades, en concreto, en lo que hace al cumplimiento de los objetivos que no son otros que incentivar la participación de los trabajadores en las empresas, posibilitando su acceso a la condición de socio, al mismo tiempo que introduce nuevas medidas y mecanismos para asegurar el control de la sociedad por parte de los trabajadores, incrementar la utilidad de estas sociedades y fomentar el emprendimiento. A estos fines, se actualiza y remoja el articulado de la Ley 4/1997, eliminando preceptos superfluos e incorporando otros necesarios para alcanzar los fines descritos. Quizá la sociedad participada por los trabajadores como nuevo subtipo social, sea el que se encuentre más en tela de juicio, toda vez que la norma no aclara ni proporciona asideros suficientes para poder ser abordada con un mínimo de éxito.

Bibliografía

ANDREU MARTÍN, M.^a M., *Significado y particularidades de la sociedad laboral del siglo XXI*. Recuperado el 9 de mayo de 2017, de <http://ciriec.es/wp-content/uploads/2016/10/COMUN059-PONENT9-ANDREU-MART%C3%8D-ok.pdf>.

- BARRERO RODRÍGUEZ, E. (2015). «Consideraciones sobre la reforma del régimen legal de las sociedades laborales». N.º. 45. *Revista de Derecho de Sociedades*, julio-diciembre.
- BLASCO GASCÓ, F. P. (2009). *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BLASCO PELLICER, A. A. (2008). «El expediente concursal de regulación de empleo». N.º. 14. *Anuario de Derecho Concursal*, pp. 14 a 69.
- BONARDELL LENZANO, R. (2006). *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*. N.º. 458. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CORTÉS GARCÍA, E. (2017). «Sociedades Laborales». En *GPS. Derecho de Sociedades* (Dir. CANDELARIO MACÍAS, M.ª. I.). 2.º. Edic. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 513 y ss.
- FAJARDO GARCÍA, G. (2008). «Aspectos societarios de la reforma de la Ley de sociedades laborales». N.º. 19. *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa*, Círic, pp. 141-158.
- FERNÁNDEZ VILLARINO, R., *La reforma de la Ley concursal en materia laboral. Más allá del art. 64 de la LC*. Recuperado el 9 de mayo de 2017, de http://foroconcursal.ica-huelva.es/foro/attachments/019_LA_REFORMA_LABORAL_MAS_ALLA_DEL_ART.pdf.
- GARCÍA PERROTE, I., *Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal*. Recuperado el 9 de mayo de 2017, de <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1078/documento/05Ignacio.pdf?id=2019>.
- GARCÍA RUIZ, E. (2013). «El régimen legal de las sociedades laborales sometido a revisión». N.º. 41. *Revista de Derecho de Sociedades*, julio-diciembre.
- GONZÁLEZ PASCUAL, J., y LÓPEZ SERRANO, M. (2012). «La relación laboral en los concursos de acreedores». N.º. 866. *Tribuna de Economía*, mayo-junio, pp. 153 a 172.
- HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2003). «Los efectos del concurso sobre los acreedores, los contratos pendientes y los actos perjudiciales para la masa en el Proyecto de Ley concursal de julio de 2002». N.º. 675. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pp. 143 y ss.
- OLIVENCIA RUIZ, M. (2012). «Los motivos de la reforma de la Ley Concursal». N.º. 17. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, pp. 23 a 30.
- ORELLANA CANO, N. A. (2011). «Aspectos laborales del concurso de acreedores». N.º. 14. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, pp. 83 a 96.

CAPÍTULO VII

Régimen jurídico del trabajo asociado en las sociedades laborales

JOSÉ ANTONIO PRIETO JUÁREZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN Y LA EMPRESA PARTICIPADA: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. III. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN SUS DIMENSIONES DECISIONAL Y ECONÓMICA. IV. MATERIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN EN LAS SOCIEDADES LABORALES Y PARTICIPADAS. V. PARTICIPACIÓN EN LAS DECISIONES Y/O GESTIÓN. VI. LA CONFUSIÓN ENTRE DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y CAUCES DE REPRESENTACIÓN. VII. EL DERECHO DE INFORMACIÓN COMO PRESUPUESTO DE PARTICIPACIÓN. VIII. EL DERECHO DE CONSULTA COMO SUSTRATO DE LA PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA. IX. LOS DERECHOS DE CODECISIÓN O COGESTIÓN COMO ELEMENTO DIFERENCIAL DE LA PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA. X. EL DERECHO DE AUTOGESTIÓN COMO ELEMENTO EIDÉTICO DE LAS SOCIEDADES LABORALES. XI. EL DESARROLLO NORMATIVO INFRACONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN EN LAS SOCIEDADES LABORALES Y PARTICIPADAS. XII. PARTICIPACIÓN ECONÓMICA DE LOS PRESTADORES DE TRABAJO. 1. Participación en el capital de la sociedad laboral. 2. Participación en los resultados de la sociedad laboral. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Como es de todos sabido las sociedades laborales son desde sus orígenes, y siguen siéndolo a día de hoy, una de las piezas más destacadas del mosaico que conforma el complejo sector de la Economía Social (art. 5.1 LES). En efecto, se trata de una figura que, formando parte del poliédrico fenómeno en cuestión, no sigue, sin embargo, en todos sus extremos la armonía axiológica recogida en los principios consagrados legalmente (art. 4 LES)¹ y, destacadamente, en todo cuanto atañe a la gestión democrática de la sociedad. Pues bien, tales disonancias son especialmente relevantes a los efectos que aquí interesan, esto es, en lo relativo al régimen jurídico del

¹ Paniagua Zurera, M. (2011). P. 186.

trabajo asociado en el tipo societario estudiado. Así, determinado sector doctrinal ha querido destacar al respecto que «...las funciones o fines sociales intrínsecos a las empresas de economía social, no se incluyen en todo caso entre los objetivos de cualesquiera entidades de trabajo asociado (vgr., sociedades laborales o sociedades profesionales)»². No obstante, siendo verdad constatable la ausencia de determinados principios orientadores propios de la economía social (véase art. 4 LES), no es menos cierto que la inclusión de las sociedades laborales y participadas en la economía social por sus fines y principios orientadores queda fuera de toda duda, tanto en el desarrollo normativo de nuestro ordenamiento jurídico (Preámbulo de la LSLP y art. 5 LES) como, por otra parte, en la catalogación efectuada por la mayoritaria opinión doctrinal.

Por todo ello, bien se puede coincidir con quienes (refiriéndose al trabajo asociado en general y a las sociedades laborales en particular) destacan que «Se ha pasado de considerarlas como un fenómeno marginal en sus inicios, a ser un posible modelo empresarial más dinámico, participativo y solidario, en cuanto que el grado de participación de todos los trabajadores, o socios trabajadores, es muy superior al de la empresa clásica»³. Y es precisamente en el elemento señalado donde se puede identificar la clave de bóveda que permite incorporar indubitadamente a la fórmula de trabajo asociado analizada en el sector de la economía social.

A fortiori, es preciso acotar desde un primer momento el elemento nuclear que cualitativamente permite abordar con tratamiento diferenciado el régimen jurídico de las sociedades laborales en su configuración como empresas de trabajo asociado o empresas autogestionadas. Bien entendido que «Bajo tal denominación se comprenden empresas, de titularidad colectiva, con diferente base jurídica —cooperativas o sociedades—, que como nota común instrumentan modalidades diversas de participación de los trabajadores en la titularidad de los medios de producción»⁴. Siendo así, y de entrada coincido plenamente, la nota señalada de la participación

² Sobre el particular concibe y delimita el autor el trabajo asociado como aquel que se desarrolla por un grupo de personas físicas que realizan de forma conjunta y coordinada una prestación personal y profesional de servicios, con carácter habitual y lucrativo o remunerado, como empleo y medio de vida, a través de la adopción de alguna fórmula societaria de la que son titulares, cuyo objeto principal se constituye por el desempeño en común de una actividad productiva. González del Rey Rodríguez, I. (2008). P. 26.

³ Rojo Torrecilla, E. (1988). P. 221.

⁴ Ortíz Lallana, M^a C. (1989). P. 2.

deviene en el factor determinante que permite presentar al tipo societario estudiado como uno de los principales cauces para incardinar en el ámbito económico la proyección del Estado social y democrático de Derecho contemplada en el art. 1.1 CE.

II. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN Y LA EMPRESA PARTICIPADA: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

El derecho de participación de los trabajadores en la empresa se ha caracterizado desde su inclusión en la CE por el uso anfibológico que del mismo se ha venido realizando en distintas instancias. La versatilidad del mismo, fundamentada sobre la dilogía material de que el precepto es portador ha hecho posible que se acometa su análisis desde concepciones, en ocasiones, diametralmente opuestas. A saber: a veces se ha tomado el derecho como punto de partida con el que aportar y justificar el andamiaje propio del sistema de relaciones laborales de nuestro país en la materia que nos ocupa. Por el contrario, otras veces, la epifanía del derecho se consigue concibiéndolo como punto de destino, cuya finalidad última consiste en alcanzar el pleno desarrollo del modelo establecido a través de la potenciación de la participación en el orbe laboral.

En el sentido apuntado, y tomando como centro de atención a las sociedades laborales y participadas, es la propia LSLP la que nos recuerda en el frontispicio de su Preámbulo que las mismas logran el reconocimiento constitucional en el art. 129.2 de la Constitución Española de 1978, que ordena a los poderes públicos la promoción de las diversas formas de participación en la empresa y el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.

Ahora bien, la fijación del derecho de participación regulado en el art. 129.2 CE es una tarea no exenta de importantes complicaciones. En efecto, todo intento por desentrañar el contenido y alcance del derecho va acompañado de una frecuente percepción de inadecuación. En fin, lo cierto es que el art. 129.2 CE tampoco parece haber encontrado su sitio cómodamente en nuestra Carta Magna, con lo cual la solución al problema a que nos vemos abocados pasa inevitablemente por la valoración de las proporciones o perspectivas que en cada caso queramos o podamos atribuir al reconocimiento constitucional del derecho de participación consagrado en el precepto constitucional estudiado.

Por lo demás, bien se podría convenir que en el trinomio alojado en el art. 129.2 CE aúna realidades diferenciables que, no obstante, resultan

convergentes en cuanto a la consecución del objetivo participativo aplicable a las sociedades laborales y participadas, ya sea por la vía de favorecer la participación de los trabajadores en la empresa (prestadores de trabajo asalariado) o bien por la vía de alcanzar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (prestadores de trabajo en calidad de socios trabajadores por ser propietarios de la mayoría del capital social).

En definitiva, la procedimentalización llevada a cabo por el constituyente ha tenido puntual reflejo en el ámbito de las relaciones laborales como parte de la vida económica y social en la que los ciudadanos están llamados a participar, y se ha podido concretar a través del art. 129. 2 CE en el que se explicita como concreto ámbito de participación el de la empresa. Por ello, la conexión directa y fundamental de este derecho social con el resto de derechos laborales constitucionalizados es asunto pacífico en la doctrina⁵, más no así algunos otros aspectos en la configuración constitucional del derecho⁶, siendo preciso por tanto tomar en consideración los distintos elementos dispensadores de dicha caracterización.

III. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN SUS DIMENSIONES DECISIONAL Y ECONÓMICA

Desde que en 1897 los esposos Sydney y Beatrice Webb popularizasen el término «*Industrial democracy*»⁷, con la publicación de la obra de idéntico título, mucho se ha especulado sobre el auténtico impacto que su aportación haya podido tener en los sistemas de relaciones laborales de los países industrializados en relación de género a especie con la democracia económica y, por ende, con la participación en la empresa. La traslación del ideal y principio de democracia política a la estructura de poder que rige los destinos de la empresa vuelve a hacerse presente como objetivo superador de los esquemas clásicos generales.

⁵ Entre otros Prados de Reyes, F. J. y Vida Soria, J. (1998). P. 91. Paz Canalejo, N. (1980). P. 340.

⁶ Landa Zapirain, J. P. (2004). p. 18.

⁷ La obra no supone una directa propuesta sobre participación de los trabajadores en la empresa sino, en otro sentido, presenta una teoría del sindicalismo de fuerte impronta sociológica. No obstante aporta como virtud el análisis sobre la democracia política y su incidencia en la transformación de la sociedad, reivindicando para tal finalidad la incorporación de la democracia económica como parte integrante de la primera. Webb, Sidney y Beatrice. (2004).

En definitiva, no otra cosa se pretende con los sistemas de democracia industrial que no sea la implantación del método democrático participativo en la conformación y adopción de decisiones dentro de la empresa⁸ o, expresivamente, y en otras palabras, el objetivo que concita la democracia industrial tradicional o la más reciente economía participativa se puede concretar como premisa en «La penetración de los derechos del ciudadano en la “caja oscura” de la producción»⁹; de lo que no cabe inferir en modo alguno la equiparación, ni total ni parcial, de la democracia industrial con la que sería su reverso, esto es, la «comunidad en la empresa», o idea jerárquica de *Betriebliche Gemeinschaft*¹⁰, de la que en la dictadura de nuestro país se pudo tener un lamentable buen ejemplo.

No estaríamos consecuentemente acariciando la posibilidad de proceder a una simple parcelación del poder en la empresa (por importantes que pudieran ser dichas fracciones de poder) para posteriormente distribuir entre las partes de la relación laboral (caso de los asalariados) o entre los propietarios del capital social (caso de los socios trabajadores), cuanto de garantizar en todo caso la presencia del principio y derechos de participación en los intersticios del poder que se gestiona y ejecuta la estructura productiva.

Así pues, el fundamento en la argumentación que acaba de esgrimirse se encuentra en la exigencia participativa en las decisiones de los afectados por las mismas¹¹, ya que en la medida que son sujetos receptores de las consecuencias de tales decisiones resultan legitimados para participar en su elaboración¹². En este sentido, también tempranamente y con claridad la Comisión europea puso de relieve, en su momento, la deseable equiparación de intereses de los trabajadores en relación con los accionistas¹³, si

⁸ De la democracia empresarial se ha dicho que «...significa compartir la autoridad derivada de la propiedad de los medios de producción con la autoridad derivada del trabajo que hace productivos a tales medios». García Pelayo, M. (1980) P. 50. Se puede encontrar coincidencia con este planteamiento en Salerno, F. (1977). P. 203. También en Lucas, A. (1993). P. 187. Igualmente, en Rivero Lamas, J. (1997). P. 494.

⁹ Cano López, A. (2002). P. 161.

¹⁰ Ojeda Avilés, A. (2006). P. 17.

¹¹ Una completa clasificación de los grupos que integran o pueden integrar la sociedad la encontramos en Pagador López, J. (2005). P. 42.

¹² Esta es una de las principales conclusiones a que llega la OIT en su análisis sobre el tema. Organización Internacional del Trabajo (1986). Pp. 21 y ss.

¹³ Comisión CEE. (1976). P. 15.

bien, en este caso, destinado al tradicional marco de referencia del trabajo asalariado y no asociativo.

Resultado de la intervención laboral es la participación en el control de la gestión empresarial a través de la incidencia en la toma de decisiones, aspecto éste que se ha elevado a la categoría de «dimensión básica» por algún sector de la doctrina¹⁴ dentro de la complejidad que la implicación de los prestadores de trabajo conlleva y que, con seguridad, justificaría por sí mismo su implantación y consecuente aceptación tanto de socios trabajadores como de trabajadores asalariados.

IV. MATERIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN EN LAS SOCIEDADES LABORALES Y PARTICIPADAS

A la hora de abordar la materialización de derechos que permita fijar un régimen jurídico con identidad propia, rasgos diferenciados y perfiles reconocibles en el trabajo asociado de las sociedades laborales y participadas coincido con López Mora cuando sitúa la clave de un lado, «... en el grado de participación económica del socio trabajador en el capital de la compañía» y, de otro, en «... qué capacidad y qué atribuciones tiene ese sujeto con respecto a la administración de la sociedad»¹⁵. En definitiva, no otra cosa se está sustanciando que no sea la de testar la concurrencia o no de las notas propias de la relación laboral recogidas en el art. 1 ET (voluntariedad, retribución, ajenidad y subordinación) para, en tal sentido, aceptar pacíficamente, y sin dificultad alguna, la armonización del contrato de sociedad y el de trabajo.

Bien entendido que la previsión *ex lege* del art. 1.2 a) LSLP obliga imperativamente a «que al menos la mayoría del capital social sea propiedad de los trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido». Y, a su vez, completa la exigencia el art. 1.2 b) LSLP requiriendo con carácter general «que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social». Son dos requisitos *sine qua non* que, en última instancia, además de configurar la especialidad de la relación jurídica que subyace en la vinculación de los

¹⁴ Galiana Moreno, J. M. (1991). P. 52.

¹⁵ López i Mora, F. (2002) p. 81.

socios trabajadores son la sociedad laboral determinan, por otra parte, la no exclusión de la relación laboral exigida.

Y ello es así por cuanto, en sintonía nuevamente con López Mora¹⁶, son los soportes que permiten mantener la concurrencia de las notas de ajenidad y subordinación (voluntariedad y retribución no presentan problema alguno al respecto). En relación con la presencia de ajenidad en la relación jurídica del socio trabajador con la sociedad laboral, cabe afirmar que será posible en tanto no se supere el límite de un tercio del capital social en manos de cada uno de los socios trabajadores pues, con ello, se evita la posición de dominio. Y en lo que corresponde a la nota de subordinación, la misma será posible en tanto que el socio trabajador desempeñe una actividad asalariada común dentro de la sociedad laboral o, por el contrario, imposible en cuanto forme parte del órgano de administración social, con funciones de dirección y gerencia pues, sí así fuera, se podría cuestionar seriamente su dependencia jurídica como trabajador.

Una vez establecida la armonización articulada que posibilita la presencia simultánea del contrato de sociedad y de trabajo es preciso dejar sentado que los socios de trabajo se vinculan a la sociedad laboral en los términos del art. 1.1 ET¹⁷ y, por tanto, se regirán por las disposiciones del Derecho del Trabajo que resulta directamente aplicable sin necesidad de extensión alguna¹⁸, obviamente, son también las que corresponde aplicar a los trabajadores asalariados de las sociedades laborales y anónimas o de responsabilidad limitada participadas.

Por tanto, a todos los efectos, es claro que el estatuto jurídico aplicable al socio trabajador de las sociedades laborales, en cuanto que prestadores de trabajo, se debe regir por las disposiciones del derecho laboral común que, evidentemente, como se ha indicado anteriormente, resulta también de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena que presten en ellas sus servicios.

Por consiguiente, tras identificar el sustrato de la relación en el régimen jurídico aplicable, es preciso, del mismo modo, concretar las consecuencias derivadas de la consideración e incorporación del derecho de participación que garantiza o aproxima a los prestadores de trabajo a la hora

¹⁶ López i Mora, F. (2002). Pp. 82-84.

¹⁷ Sobre el particular existe unanimidad en la doctrina. Así, López i Mora, F. y Saragossà i Saragossà, J. V. (2001). P. 13. De la misma opinión López Gandía, J. (2006). P. 252. También, Fajardo García, G. (2002). P. 151.

¹⁸ López Gandía, J. (2008), P. 254.

de tomar decisiones en las sociedades laborales y participadas¹⁹. Y, todo ello, en la medida que se presenta como el único elemento singular y diferenciador que permite identificar un perfil propio en el régimen jurídico aplicable a las sociedades objeto de estudio.

En otro orden, pero complementariamente, debe señalarse que se clarifica considerablemente el concepto de sociedad participada por los trabajadores (refiriéndonos a los asalariados) al indicarse explícitamente en el art. 18.1 LSLP que estaremos en su presencia cuando «...promuevan el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos, en particular a través de la representación legal de los trabajadores». Y, acto seguido, en el art. 19.1 LSLP se concreta en cuatro letras la potencialidad que incorpora el precepto y, por tanto, las dimensiones sobre las que pueden girar esas distintas formas de participación de los trabajadores por cuenta ajena. A saber:

- a) Que cuenten con trabajadores que posean participación en el capital y/o en los resultados de la empresa.
- b) Que cuenten con trabajadores que posean participación en los derechos de voto y/o en la toma de decisiones de la sociedad.
- c) Que adopten una estrategia que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios.
- d) Que promuevan los principios recogidos en el artículo anterior.

Pues bien, debe advertirse desde un primer momento que en la activación de los derechos de participación previstos en los bloques de las letras a) y b) del art. 19.1 LSLP (aplicable tanto a los socios trabajadores como a los asalariados) viene siendo habitual presentar un catálogo de manifestaciones participativas en atención al grado de implicación de los prestadores de trabajo en la adopción de decisiones de la empresa²⁰. Atendiendo a su intensidad, y comenzando por el eslabón más débil, es ya clásica la referencia a los derechos de información y consulta, seguida de la codecisión o cogestión y, finalmente, aunque con disparidad de opiniones, la autogestión.

¹⁹ Calvo Ortega, R. (2013), p. 24.

²⁰ Galiana Moreno, J. M. y García Romero, B. (2003). P. 19. Del mismo parecer, Valdés Dal-Ré, F. (1997) Pp. 27 y ss. Prados de Reyes, F. J. y Vida Soria, J. (1998) P. 113. Y Cordava, E. (1982). P. 141. Coinciden básicamente, aunque introduciendo variantes, en concreto incluyendo la negociación colectiva, Hanami, T. (1983) P. 333. Y excluyen la autogestión de la clasificación Brusco, S. y Solinas, G. (1997). P. 15.

No obstante, y antes de analizar las distintas manifestaciones señaladas, resulta necesario clarificar dos cuestiones previas que, desde luego, contribuirán a facilitar la comprensión de los derechos estudiados. En efecto, por un lado se asiste con frecuencia a una cierta indeterminación, cuando no confusión, a la hora de precisar la línea demarcatoria entre participación en las decisiones y/o en la gestión como elemento de control de la sociedad en manos de los trabajadores. Y, por otro lado, tampoco es infrecuente que se identifique erróneamente el derecho de participación de los trabajadores en la empresa con los cauces de representación de los trabajadores por cuenta ajena incorporados en las leyes sociales. En consecuencia, se hace necesario deslindar puntualmente el alcance conferido a cada una de las cuestiones apuntadas.

V. PARTICIPACIÓN EN LAS DECISIONES Y/O GESTIÓN

Tradicionalmente la doctrina identifica participación en las decisiones y participación en la gestión y, al respecto, suele resolver de manera somera una cuestión que precisa de mayor atención²¹. Como punto de partida, y aceptando el contorno conceptual impreciso de la participación en las decisiones, se afirma que por tal debemos entender «el conjunto de instrumentos a través de los cuales los trabajadores intervienen de algún modo en las decisiones del empresario»²².

Al mismo tiempo se ha querido señalar también el carácter dinámico propio de la participación en las decisiones. Y, en tal sentido, la OIT nos recuerda que la participación en las decisiones debe interpretarse en forma dinámica y constante evolución²³.

²¹ Ampliamente tratado en García Arce, M^a C y Prieto Juárez, J. A. (2004). Pp. 56 y ss.

²² Valdés Dal Rê, F. (1997). P. 27.

²³ Se asegura desde la OIT que «la participación de los trabajadores en las decisiones no se presenta bajo una fórmula estática, determinada de una vez por todas, sino bajo una forma evolutiva, dinámica que probablemente se vaya plasmando progresivamente. Cualquier definición que se dé solo puede ser provisional, porque las condiciones concretas de la participación están sujetas no sólo a cambios económicos y técnicos, sino también socio-culturales». Organización Internacional del Trabajo (OIT). Participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa. Ed. OIT. Ginebra, 1986. P. 38.

Por otra parte, y en lo que respecta a la participación en la gestión, también se han ofrecido por la doctrina *iuslaboralista* nociones de síntesis para situar en sus justos términos la realidad a la cual me refiero. En efecto, Rodríguez Sañudo nos adelanta qué debe entenderse por participación en la gestión de los trabajadores, al decir que «en sentido general, se entiende que éstos están llamados de alguna manera y en un grado determinado a tomar parte en las decisiones que, a distintos niveles, se toman en la empresa»²⁴.

De lo expuesto cabe resaltar que en materia de participación de los trabajadores en la empresa, decisiones y gestión, entran en un proceso de perfecta combinación (prácticamente se utilizan como sinónimos en la medida en que para que la participación sea efectiva se requiere que las unas —decisiones— conlleven el control de la otra —gestión—) que, en todo caso, de prosperar, culminará con la asunción de los socios trabajadores e implicación de los trabajadores en la estructura de poder de la organización empresarial.

Por tanto, bien se puede afirmar que anudando la participación en las decisiones y en la gestión se entiende y justifica plenamente a través de la implicación de los trabajadores en la empresa (tanto socios trabajadores como asalariados), o lo que es lo mismo, la capacidad de influencia real y efectiva de la fuerza de trabajo en el seno de la sociedad laboral. Así pues, decisión y gestión (o ejecución si se prefiere) forman parte de una misma realidad, o lo que es lo mismo, son dos momentos imprescindibles en la consecución de un mismo objetivo, el cual no es otro que la asunción del control y el ejercicio del poder en los órganos de las sociedades laborales.

VI. LA CONFUSIÓN ENTRE DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y CAUCES DE REPRESENTACIÓN

En el tema tratado la confusión entre formas de ejercitar el derecho de participación e instrumentos de representación en el sistema de relaciones laborales (especialmente en todo cuanto atañe a los trabajadores no socios) supone, en mi opinión, uno de los principales problemas a resolver de cara a la correcta comprensión del fenómeno participativo en el ámbito empresarial.

²⁴ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. (1979). P. 419.

Como punto de partida bien se podría afirmar que la representación se articula como medio cuya esencialidad e inescindibilidad permite y exige que ésta sea utilizada siempre que sea preciso en la defensa de los derechos de los trabajadores (entre los cuales con seguridad se encuentra el derecho de participación).

Por otra parte, el carácter abierto del derecho de participación de los trabajadores en la empresa y, a su vez, la imprecisión del legislador en su concreción, han propiciado que con frecuencia se acabe por confundir el derecho con el instrumento previsto para su ejercicio.

Además, el problema se ha agudizado en la medida en que, como señala Palomeque (2016, p. 552) «Para el legislador español, una forma de “participación en la empresa” es, como ya sabemos, la representación colectiva y unitaria de los trabajadores en el centro de trabajo (art. 61 ET). Discutible decisión que, al amparo de una interpretación extensiva del término “participación”, elude seguramente (al menos por el momento) afrontar el establecimiento de la expresión primaria de la participación contemplada en el art. 129.2 CE».

Desde la perspectiva apuntada, con la que coincido, la ubicación en el art. 61 ET del derecho de participación llevada a cabo por el legislador en su desarrollo infraconstitucional resultará no del todo adecuada. En el precepto mencionado se están regulando los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores (asalariados) en la empresa (Título II ET) y, sin embargo, se inicia el Capítulo I de dicho Título II con el mencionado art. 61 ET que, como es sabido, alude directamente al derecho de los trabajadores «...a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este Título».

A mayor abundamiento, debe destacarse que en el desarrollo infraconstitucional del derecho de participación en la empresa la conexión directa entre el art. 61 ET y el art. 4.1 g) ET. Si bien, es necesario destacar que al respecto coexisten dos realidades diferenciables, a saber: la admisión inespecífica de «otras formas de participación» y, a la vez, el reconocimiento explícito del derecho de participación ejercitable a través de uno de los posibles cauces de representación que nuestro legislador contempla, es decir, de la representación unitaria de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo.

Por consiguiente, los órganos de representación unitaria del ET se podrán presentar como instrumentos de obligada concurrencia en determinadas fórmulas de participación de los trabajadores en la empresa sin que, por lo demás, pueda hacerse *a priori* exclusión de aquellas otras herramien-

tas más alejadas de la propuesta impuesta en el marco del ET. Al mismo tiempo, no debe desprenderse de la dicción del precepto comentado una apuesta por primar la participación en la dirección y, consecuentemente, dispensar un tratamiento subalterno a otras posibles fórmulas de participación de la fuerza de trabajo.

Así pues, en última instancia, abogar por la clara diferenciación entre el derecho de participación y los cauces de representación no implica, de facto, desconocer que los órganos de representación de los trabajadores en la empresa (ya sean unitarios o sindicales) desempeñan un papel fundamental e imprescindible en el ejercicio de todas y cada una de las manifestaciones en que el derecho de participación se materializa, y siempre como cauce de defensa y garantía de los intereses colectivos de los prestadores de trabajo.

VII. EL DERECHO DE INFORMACIÓN COMO PRESUPUESTO DE PARTICIPACIÓN

En lo que atañe a los derechos instrumentales de participación laboral los derechos de información y/o consulta (que con frecuencia se presentan infundadamente como realidad bifronte) no responden en esencia a la racionalidad participativa que aquí se trata²⁵. En efecto, los mencionados derechos (o facultades, o competencias) suelen articularse unidireccionalmente, en tanto normalmente es el empresario como contraparte el sujeto obligado a suministrar información a los trabajadores sobre variadas materias predeterminadas legal o convencionalmente de una manera imperativa²⁶. Cuestión ésta que difiere radicalmente en cuanto atañe a los socios trabajadores en su condición de propietarios de la mayoría del capital social en las sociedades laborales o participadas.

²⁵ Aún tomando como prioritaria la caracterización colectiva del derecho de información que nuestro ordenamiento jurídico hace, éste no puede identificarse en esencia como fórmula participativa, sino más bien, como presupuesto para su realización ulterior. A la par, la doctrina pone de manifiesto su mismo carácter instrumental respecto de la negociación colectiva en atención al trabajo asalariado. En este sentido, García Murcia, J. y Martínez Moreno (2001). Pp. 34 y 35. Monereo Pérez, J. L. (1992). P. 382. Y, Rodríguez Piñero, M. (1990). Pp. 4 y 7.

²⁶ De esta opinión son Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. (1979). P. 422. Y, Durán López, F. (1998). P. 79.

Erróneamente²⁷, por tanto, se incorpora al catálogo de manifestaciones participativas de los socios trabajadores y de los trabajadores por cuenta ajena en la empresa el derecho a recibir información, confundiendo de ese modo su carácter instrumental al servicio de la participación con la misma. En el caso que ahora me ocupa el despropósito adquiere mayor dimensión, por cuanto el reconocimiento del derecho no influye ni tampoco altera el poder de decisión de los titulares o ejercitantes de tal facultad.

Su eficacia se presenta considerablemente limitada, pues viene condicionada a su anudación con la intervención real y efectiva de los prestadores de trabajo en los centros de decisión de la empresa. Así pues, el poder empresarial preserva intacta su capacidad directora y administradora en la toma de decisiones y gestión de la empresa y, por ende, deja reducida la virtualidad del derecho de información a su función instrumental. Por otra parte, y tratándose de asalariados en las sociedades laborales, podemos destacar a la par la importancia que adquiere la opción de impulsar a través de la vía del derecho de información mecanismos de «objetivación» o «racionalización»²⁸ en la relación de poderes que en la empresa subyace mediante la intervención colectiva²⁹ de la fuerza de trabajo.

Quedaría, pues, en mi opinión, excluida su estimación como forma de participación de los prestadores de trabajado en la empresa en el marco de la promoción eficaz auspiciada por el art. 129.2 CE, lo que no obsta, sin embargo, para que se haya podido considerar por algún autor como «instrumento de democracia industrial y expresión de ciudadanía en la empresa»³⁰, eso sí, solamente cabría tal consideración si se estima que sin su concurrencia es difícil articular la ulterior participación real y efectiva en el poder decisorio de la empresa, pues en caso contrario las objeciones serían más que razonables al respecto.

Visto que la ausencia de vinculabilidad en las exigencias informativas impuestas a quienes ostentan el poder decisorio y gestor en la empresa

²⁷ Como «...uno de los mayores equívocos conceptuales» se califica en Garrido Pérez, E. (1995). P. 74.

²⁸ Así lo destacan Baylos Grau, A. (1994). p. 144. Monereo Pérez, J. L. (1992). p. 54. Y, Perulli, A. (1991). P. 15.

²⁹ A pesar de no cuestionar en ningún momento la continuidad entre los niveles individual y colectivo del derecho de información, es obvio que debe prevalecer la dimensión colectiva atendiendo a la clave participativa que aquí se trata. Señalan la distinción Balandi, G. G. (1993). P. 740. Scarpelli, F. (2000). P. 25. Gagnoli, E. (1996). P. 185.

³⁰ Monereo Pérez, J. L. (1992). P. 100.

deja intacta su autonomía decisional y por tanto, mantiene plenamente su libertad frente al banco social en el caso de los trabajadores asalariados o de los socios trabajadores discrepantes habrá, por tanto, que analizar los efectos derivados en cuanto atañe a las exigencias consultivas.

VIII. EL DERECHO DE CONSULTA COMO SUSTRATO DE LA PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA

Es posible avanzar desde ya que, a diferencia del derecho de información, el derecho de consulta se constituye como realidad diferenciada del anterior, con perfiles propios que permiten establecer diferentes regímenes regulatorios, tanto legal como convencionalmente (ya sea para la base social o para el colectivo de trabajadores asalariados). Pero centrándome en la temática que a estos efectos interesa se puede afirmar, en primer lugar, que el derecho de consulta incluye o presupone (en su estadio previo) la necesaria información por parte de los representantes de la fuerza de trabajo y, en segundo lugar, la emisión de opinión acerca de la cuestión sometida a consulta que, por lo demás, normalmente se materializa en informe escrito.

Ahora bien, la diferencia cualitativa que cabe apreciar en el derecho de consulta no garantiza en modo alguno el carácter vinculante aplicable a la decisión empresarial adoptada en los órganos competentes (tanto si se trata de la Junta General como del Órgano de Administración). Podría admitirse la vinculabilidad en cuanto a la utilización del procedimiento que según los casos se establezca para poder ejercitar adecuadamente el derecho de consulta, más no así la correspondiente vinculabilidad de la posición manifestada por los representantes de los trabajadores asalariados. Por tanto, el poder empresarial tras recibir la preceptiva opinión quedará condicionado en el caso de los socios trabajadores ò, por el contrario, vuelve a quedar intacto en el caso de los trabajadores por cuenta ajena³¹, es decir, en este segundo supuesto con posible leve influencia en el momento preparatorio de la ejecución pero sin alteración alguna digna de consideración en la perspectiva participativa.

El resultado, una vez desprovisto de la nota de vinculabilidad tratándose de trabajadores asalariados, quedará normalmente atenuado en medida tan considerable que no nos permita identificar en el ejercicio de este de-

³¹ Blanpain, R. (1983). P. 281.

recho práctica participativa alguna. La falta de concesiones por parte de quien ejercita la consulta terminará por impedir cualquier «repercusión práctica apreciable»³², o lo que es lo mismo, vaciará de contenido cualquier atisbo participativo de los trabajadores por cuenta ajena o sus representantes en el ejercicio del poder empresarial.

Finalmente, cabe advertir que el único resorte practicable por el que podría predicarse la inclusión del derecho de consulta en el campo de las fórmulas de la tradicional democracia industrial, o de la más reciente economía social, pasa necesariamente por vincular la capacidad bloqueo de los socios trabajadores o de veto de la fuerza de trabajo a la decisión empresarial, supuesto éste en el que evidentemente se alcanzaría la potencial influencia en el poder organizativo y directivo (tal es el caso de la previsión contenida en el art. 51 ET en relación con el despido colectivo).

IX. LOS DERECHOS DE CODECISIÓN O COGESTIÓN COMO ELEMENTO DIFERENCIAL DE LA PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA

Por otro lado, respecto al segundo eslabón que representan los derechos de codecisión o cogestión, la mayoría de aportaciones doctrinales que han acometido su estudio lo identifican como núcleo irreductible en la noción de participación en el trabajo asalariado, es decir, influencia de los trabajadores o sus representantes en el proceso de elaboración y gestación de las decisiones que se adoptan en la empresa³³. Cuando esta circunstancia acontece sí podemos afirmar a ciencia cierta que nos encontramos ante la genuina participación laboral, si bien, cabría cuestionar su verdadero efecto democratizador de la organización productiva. Es cierto que se garantiza la influencia real y efectiva de la fuerza de trabajo en el centro neurálgico de la empresa y, consecuentemente, llegado el caso, se podría

³² Schregle, J. (1976). P. 9.

³³ Entre las muchas definiciones de cogestión aportadas por la doctrina, destaco la propuesta por Baylos Grau entendida como «Modo de formación de las decisiones o reglas vinculado e irrevocable, en cuya virtud se asegura con plena certeza un resultado normativo no unilateral». Baylos Grau, A. (1991) P. 93. También en perspectiva laboral Ojeda Avilés, A. (1978). p. 56. Biagi, M. (1992). P. 194. En la doctrina *iusmercantilista*, anticipan definiciones coincidiendo en lo sustancial Esteban Velasco, G. (1982). p. 438. y, Divar Garteiz-Árruecoa, J. (1986). P. 92.

adquirir una efectiva capacidad de alterar la ejecución de decisiones en función de la composición del órgano que asume dicha responsabilidad.

Ahora bien, en el nivel de implicación cogestionario aparece ya claramente superada la fase embrionaria u ontogénica en que se puede situar el derecho de información y/o consulta. Sin embargo y, antes de concretar su alcance, es necesario hacer notar la aparente contradicción que supone la implicación en la gestión del personal subordinado (acompañando al titular/es de la explotación en la toma de decisiones), cuestión ésta que no ha pasado inadvertida en la doctrina, y que se ha querido solventar aludiendo a la titularidad colectiva del derecho de cogestión³⁴, por cuanto el destinatario no es el trabajador individualmente considerado, sino por el contrario la colectividad de trabajadores (equiparable en tal hipótesis al fundamento que sustenta la participación de los socios trabajadores). Es precisamente en atención a esa dimensión colectiva de la práctica participativa que se ha pretendido presentar el derecho de cogestión como *primum inter pares* a la hora de impulsar en el sistema de relaciones laborales la democratización de la empresa.

Claro que, si por algo se ha caracterizado el derecho de cogestión en nuestro país ha sido por la anomia en su tratamiento por parte del legislador nacional. Efectivamente, si atendemos estrictamente a la experiencia en el ámbito del trabajo asalariado, entre los antecedentes del derecho se encuentra en solitario la regulación franquista de la Ley 41/1962, de 21 de julio, por la que se establece la participación del personal en la administración de las empresas que adopten la forma jurídica de sociedades³⁵, la cual se promulga en un marco general de ausencia de democracia y privación de libertad sindical en lo que a la representación laboral se refiere y, con una proyección extremadamente limitada en cuanto el número de empresas potencialmente afectadas e intensidad de los derechos consagrados en la norma. No supone pues, la mal llamada Ley de cogestión franquista, ningún referente digno de atención especial (ni desde el prisma cuantitativo ni desde el cualitativo).

Tampoco desde los puntos de vista mencionados ha mejorado ostensiblemente la situación en las normas que de manera escueta dan cobertura a un incipiente y jibarizado derecho de cogestión de los trabajadores por cuenta ajena en tiempos más recientes. Me refiero a los preceptos incor-

³⁴ Borrajo Dacruz, E. (2001). Pp. 139 y 140.

³⁵ Se completó en su momento con el Decreto 2241/1965, de 15 de julio, de normas para la aplicación y desarrollo de la Ley 41/1962.

porados en los textos legales reguladores de las sociedades cooperativas, como prototipos de entidades de amplia base social, con naturaleza jurídica societaria y con la impronta participativa como elemento singular de identidad en su estructura y funcionamiento. En estos casos se incorpora un derecho minoritario del que son predicables las notas características antedichas. Si bien, es cierto que las expectativas abiertas a raíz de la promulgación de la Ley de sociedades laborales y participadas abre un nuevo escenario repleto de posibilidades en el desarrollo infraconstitucional del mandato contenido en el art. 129.2 CE.

En efecto, sin ser nuevo el mandato dirigido a los poderes públicos el art. 18 LSLP representa un impulso renovado en el ánimo de revitalizar el derecho constitucional de participación de los trabajadores en la empresa y/o de impulsar las fórmulas de trabajo asociado tomando como referencia a las empresas participadas. Por ello no es cuestión menor que se haya decidido el legislador a visibilizar y revitalizar el aletargado modelo participativo en las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no alcancen los requisitos previstos en el capítulo I LSLP³⁶.

Las bondades del modelo se recogen escueta pero certeramente en el art. 18.2 LSLP al señalar que «La participación de los trabajadores en los resultados y en la toma de decisiones de las sociedades contribuye al aumento de la autonomía del trabajador en su lugar de trabajo, y fomenta la colaboración en la estrategia futura de la empresa». Se presenta pues como importante complemento a la ya consagrada participación que en las dos dimensiones apuntadas son principio y fundamento en el régimen jurídico de trabajo asociado aplicable tanto en sociedades laborales como en cooperativas de trabajo asociado y explotación comunitaria de la tierra.

X. EL DERECHO DE AUTOGESTIÓN COMO ELEMENTO EIDÉTICO DE LAS SOCIEDADES LABORALES

Distinta enjundia cabe apreciar, en cambio, en la gestión de la organización empresarial cuando el poder administrado no es el ajeno sino, por el

³⁶ Si bien, se puede afirmar, en mi opinión, que se ha desaprovechado la ocasión para garantizar presencia de los trabajadores por cuenta ajena en el órgano de administración de las sociedades laborales bajo la fórmula de codecisión o cogestión minoritaria o subalterna. Coincido con la propuesta realizada sobre el particular por Calvo Ortega, R. (2013), P. 105.

contrario, el propio, esto es, el que corresponde a los propietarios del capital social. Cuando, por consiguiente, se accede y asume ese poder sobre los medios de producción y, si la autogestión es plena, también la propiedad sobre ellos. No estamos ahora ante mecanismos de procedimentalización que permitan la fiscalización del poder empresarial, ni tampoco ante instrumentos de colaboración que coadyuven a elaborar y aplicar las decisiones en los procesos productivos, estamos, obviamente, ante la asunción del poder por parte de la fuerza de trabajo.

En sentido estricto, la autogestión en las sociedades laborales vendrá caracterizado por armonizar los contratos de sociedad y laboral y, a la par, asumir el control de las sociedad por el conjunto de los socios trabajadores (elemento definitivo)³⁷, ya que se asume de manera autónoma la dirección y gestión de las unidades productivas y prescinde consecuentemente de la contraparte en el establecimiento de las relaciones de trabajo, por tanto, se configura como el derecho de participación de más alta intensidad. Realmente es solo en este estadio cuando se alcanza sustantivamente la esencia en el régimen jurídico que se viene analizando, es decir, la verdadera diferencia cualitativa que permite transitar de la participación en la empresa a la empresa de participación.

Para el propósito de este trabajo es la dimensión económica y su incidencia decisional la que requiere especial atención aunque, en última instancia, la noción de autogestión no se puede desvincular de su dimensión socio-institucional. Esto es, aquella que persigue la superación del dualismo entre gestión social y vida económica mediante la extensión de la participación autogestionaria, es decir, la asunción del poder decisional y gestor por el mundo del trabajo o lo que es lo mismo, por «...las clases y grupos sociales que constituyen la base de la vida económica y sostienen el proceso de producción y reproducción de la sociedad»³⁸.

En el sentido apuntado, se ha subrayado certeramente la imposibilidad de activar generalizadamente la dimensión político-institucional en nuestro país siguiendo el modelo empresarial de autogestión³⁹ y, lógicamente, descartando como punto de partida lo que nuestra Norma Fundamental no contempla en su dimensión política, esto es, la implantación de un sistema socio-económico de colectivización pública de los medios de produc-

³⁷ Fajardo García, G. (2006). P. 142.

³⁸ Saña, H. (1977) P. 132.

³⁹ Rojo Torrecilla, E. y Camas Roda, F. (2013). P. 1474. De la misma opinión, Ojeda Avilés, A. y Rodríguez Sañudo, F. (1978). P. 221.

ción⁴⁰. No obstante, nada impide que se puedan aprovechar los márgenes permitidos por el sistema socio-económico constitucionalizado para que en ellos afloren experiencias de participación autogestionaria en la explotación de la actividad productiva.

Las iniciativas en cuestión pueden encontrar perfecto acomodo en la expresa voluntad que el Constituyente de nuestro país refleja en la Carta Magna puesto que, como recuerdan Rojo Torrecilla y Camas Roda⁴¹, la referencia al término autogestión en nuestra Constitución se incluye en el primer borrador del art. 129.2 de fecha 25 de noviembre de 1977 y, posteriormente, desaparece en el Anteproyecto del Texto Constitucional publicado en el BOE de 5 de enero de 1978. Por obvio que resulte es preciso recordar que en el texto del art. 129.2, que finalmente vio la luz, se mantienen las referencias a las «sociedades cooperativas» y «...al acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción».

Pareciera pues que existe una calculada desvinculación terminológica entre los derechos y realidades consagradas constitucionalmente, en tanto en cuanto se evita asociar en la redacción del precepto la autogestión con cualquiera de los tres derechos incorporados en el mismo. Así pues, queda abierta la aproximación hermenéutica a la hora de dilucidar, en primer lugar, si la autogestión participativa puede o no considerarse como manifestación de alta intensidad en los derechos de participación. Y, en segundo lugar, si su existencia es factible con independencia de un sistema generalizado debidamente constitucionalizado.

Entrando a responder a la primera de las cuestiones planteadas en líneas anteriores es dable pensar, en mi opinión, que la autogestión responde a presupuestos claramente diferenciados de las fórmulas participativas en las que el control de la sociedad no está en manos del conjunto de los trabajadores. Hasta ahora la premisa de la participación en nuestro sistema de relaciones laborales es la implicación en los órganos facultados para dirigir y administrar o, en menor medida la influencia externa por variados instrumentos de la fuerza de trabajo en el ejercicio del poder de la empresa (poder ajeno a dicha fuerza por su titularidad). Mientras que, por el con-

⁴⁰ Aunque si se contempla la planificación de la actividad económica en el art. 131.1 de la Constitución al disponer que «El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución».

⁴¹ Rojo Torrecilla, E. y Camas Roda, F. (2013). Pp. 1469 y 1470.

trario, y como he anticipado en párrafos precedentes, la lógica de la autogestión participativa conlleva la asunción del poder en la sociedad laboral por la fuerza de trabajo y, claro está, su correspondiente ejercicio de manera autónoma y lo más directamente posible en atención a la dimensión de la organización productiva.

Por todo lo dicho, coincido con aquellos que han terminado por aseverar que la autogestión participativa supone una «ruptura o salto cualitativo» respecto de la participación al uso⁴², representando, pues, una quiebra de la lógica clásica en la organización de la empresa a través del acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción y, por tanto, del control de la dirección y gestión de la empresa. El poder administrado es ahora el propio y, precisamente por su titularidad colectiva, la dialéctica de contraposición de intereses deja de obedecer a la racionalidad propia de una estructura decisional tradicional, por cuanto las relaciones que acaecen (al menos formalmente) ya no encuentran su sustento en la lógica antagónica.

Mayor dificultad acarrea la segunda de las hipótesis apuntadas, es decir, la viabilidad de fórmulas autogestionarias en unas coordenadas constitucionales desprovistas de tal previsión (*sensu stricto*). La exclusión del término «autogestión» en el texto constitucional podría inducir a pensar que el sistema instaurado esteriliza deliberadamente cualquier iniciativa que pudiera destinarse a propiciar su desarrollo o, en distinto sentido, que su supresión puede ser superada a través de la inclusión semántica en el reconocimiento constitucional que de las cooperativas y del acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción se hace en el art. 129.2 de la Norma Fundamental.

Una vez descartado de plano la ubicación de las fórmulas participativas autogestionarias en el regazo de un sistema de colectivización pública⁴³, ha de admitirse el posible acomodo de las atomizadas experiencias de participación autogestionaria en el marco de un Estado, que como el nuestro,

⁴² Tomasetta, L. (1972). P. 196. En parecidos términos, Ojeda Avilés, A. y Rodríguez Sañudo, F. (1978). P. 221. Pero de opinión contraria Cazorla Prieto, L. M. (1985). P. 1907.

⁴³ Se ha desestimado esta opción tomando como punto de partida por una parte «la colocación sistemática del precepto» y por otra parte, «los límites que imponen otros derechos consagrados en el Título I de la Constitución, especialmente protegidos con las garantías que para ellos se establecen (propiedad privada y herencia, libertad de empresa, economía de mercado)». Prados de Reyes, F. J. y Vida Soria, J. (1998). P. 116.

se constituye como «social y democrático de derecho». *A priori*, no puede descartarse en el Estado democrático de Derecho el injerto de iniciativas participativas autogestionarias que podrían cuadrar «perfectamente» (se ha llegado a afirmar)⁴⁴ en tal perspectiva superadora del Estado liberal de Derecho.

La opción apuntada encuentra viabilidad en el angosto terreno de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado proclamada por el art. 38 CE. Ahora bien, su admisibilidad no lo es incondicionalmente como en algún momento se ha podido pretender⁴⁵, sino por el contrario partiendo de determinadas premisas. Básicamente se debe mantener un sistema de gobierno directo en aquellas iniciativas que sea posible la práctica de la participación de los trabajadores y el control de las sociedad por parte de los mismos, es decir, como se ha advertido «gobernarse a sí mismos por sí mismos»⁴⁶ aún con las necesarias mediaciones que el cuerpo social de la empresa deba establecer, o dicho en otras palabras, mediante la elección de sus representantes en los órganos de decisión y gestión, en este último caso siempre con las preceptivas medidas de control y fiscalización de la sociedad⁴⁷.

XI. EL DESARROLLO NORMATIVO INFRACONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN EN LAS SOCIEDADES LABORALES Y PARTICIPADAS

La vaporosa dicción del art. 129.2 CE ha permitido interpretaciones de diferente signo por parte de los poderes públicos llamados a concretar la labor promocional y el resultado, si bien, tras casi cuatro décadas desde la aprobación de la Constitución, es un desarrollo del derecho deceptorio, incompleto y disperso.

⁴⁴ Lucas Verdú, P. (1996). P. 124.

⁴⁵ Cazorla Prieto, L. M. (1985). P. 1908.

⁴⁶ El autogobierno está sometido a limitaciones y al respecto se ha querido puntualizar que está en relación inversa con la extensión y duración a la que se aplica. Sartori, G. (2003). Pp. 60 y 61.

⁴⁷ Al respecto se afirma que «En sentido estricto hay autogestión no cuando cada individuo está en condiciones de intervenir personalmente en todos los asuntos de la colectividad, sino cuando ningún estrato o grupo social puede actuar impunemente y prescindir del control de la sociedad». Saña, H. (1977). P. 138.

En lugar de haber procedido a la promulgación de una Ley (que bien pudiera completarse con el desarrollo estatutario en el caso de los socios trabajadores y convencional en el caso de los asalariados) que incorporase todos aquellos extremos relacionados con el ejercicio del derecho (vías de desarrollo, órganos legitimados, niveles de actuación, materias susceptibles de aplicación, garantías concedidas etc.), se ha optado por un desarrollo sucesivo, fragmentado y parcial.

Así pues, y como resultado de los condicionamientos que ya han sido puestos de relieve, se pueden presentar tres posibles caminos en el ejercicio de la participación de los trabajadores en la empresa (en general y de las sociedades laborales en particular). A saber:

1. El primero, se inclina abiertamente a favor de normas sustantivas de ámbito material más extenso que las normas específicas (es el caso del propio ET para los trabajadores asalariados). Su alcance, sin embargo, se ha mostrado ineficaz por sí sólo, ya que el art. 4.1 g) del ET vuelve a efectuar para desarrollar el derecho una remisión expresa a la normativa específica, adoleciendo en consecuencia del mismo problema que se ha atribuido al art. 129.2 CE, es decir, del necesario desarrollo legal de contenidos.

2. La segunda opción (en apariencia parece ser la que goza del favor del legislador) consistiría en encomendar a la normativa específica la precisión del contenido y alcance del derecho de participación de los trabajadores en la empresa (art. 4.1 g) ET y art. 19 LSLP).

En cuanto a su actual grado de cumplimiento se puede constatar que las normas específicas que han desarrollado parcialmente el derecho de participación aludido son pocas y limitadas⁴⁸, de tal modo que han terminado por contribuir a mantener infradesarrollado el derecho de participación en nuestro sistema de relaciones laborales (siempre, y una vez más, considerando las amplias posibilidades que se pueden esperar del mandato constitucional).

⁴⁸ Ante de la promulgación de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas, es necesario destacar entre éstas la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, modificada por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales. Igualmente debe tenerse en cuenta la Ley 21/2006, de 20 de junio, por la que se modifica la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas.

3. Finalmente, se presenta una tercera vía que podríamos calificar de ecléctica y que, en última instancia, parece ser la que cuenta con mayor consenso en la doctrina, siendo simultáneamente aceptada por el legislador. Me estoy refiriendo, sin duda, a las previsiones contenidas en el art. 61 ET, las cuales han sido identificadas como «un sistema de “representación participativa” o de participación indirecta de los trabajadores en la gestión a través de sus representantes»⁴⁹. Aunque cuenta sin embargo esta tercera propuesta con un importante problema, cuyos efectos se minimizan en el mejor de los casos, o directamente se ignoran, en tanto en cuanto, según mi parecer, el legislador consagra la confusión entre participación y representación en el art. 61 ET.

Sentado lo anterior quiero prestar una atención más detallada a la última vía mencionada. En verdad se trata de un desarrollo parcial de la participación de los trabajadores en la empresa, el cual se lleva a cabo fundamentalmente a través del Título II del Estatuto de los Trabajadores, aludiendo sin embargo en el texto legal a otras posibles formas de participación («sin perjuicio de otras formas de participación», dice el art. 61 ET), cuya probable justificación, tal y como se ha indicado desde algún sector doctrinal⁵⁰, se puede encontrar en la futura regulación de instancias sindicales de participación.

Se ha de recordar al hilo de lo dicho que el legislador optó tempranamente por configurar el derecho de participación en la empresa como un derecho básico de los trabajadores. En efecto, se incorpora al catálogo de derechos reconocidos en el art. 4.1g) ET en tanto que derecho básico extracontractual de origen constitucional, propiciando al mismo tiempo su desarrollo correlativo en el art. 61 ET⁵¹. También en esta ocasión la ambigua redacción de los preceptos estatutarios encargados de regular su contenido permiten vislumbrar un limitado y escaso efecto sobre el sistema de relaciones laborales (globalmente considerado).

En el art. 61 ET existe una expresa y directa conexión con el art. 4.1 g) ET, del cual es natural extensión, y por ello simultáneamente se puede afirmar que coexisten en su seno dos realidades diferenciables, en concreto:

⁴⁹ Galiana Moreno, J. M. y García Romero, B. (2003). P. 17.

⁵⁰ Rojo Torrecilla, E. y Camas Roda, F. (2013). P. 1477.

⁵¹ Referencia expresa a la mencionada incorporación se puede encontrar en Aguilera Izquierdo, R. (2000). P. 1240.

- Se admite de manera amplia e inespecífica la existencia de «otras formas de participación», sobre las cuales no se indica en qué momento ni mediante qué mecanismos se deben concretar.
- Igualmente se reconoce y prioriza el ejercicio del derecho de participación de los trabajadores a través de uno de los posibles canales de representación que nuestro ordenamiento jurídico contempla, esto es, la representación unitaria en la empresa.

Constituye, en definitiva, el ET una norma de desarrollo parcial a nivel ordinario del mencionado derecho (otro tanto se podría decir de la más reciente LSLP). La apreciación que acabo de hacer se puede contrastar fácilmente con la lectura crítica del art. 4.1 g) ET que, como es sabido, reza así «Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de [...] g) Participación en la empresa».

Nuevamente deja el ET sin concretar en su texto el contenido y alcance del derecho de participación de los trabajadores en la empresa, o lo que es lo mismo, sin cumplir el objetivo principal que cabría esperar en la misma, es decir, el establecimiento de las referencias necesarias a las cuales acudir para precisar ante qué concreto derecho de participación de los trabajadores en la empresa nos encontramos, en qué nivel nos situamos o qué garantías le podemos dispensar. Es necesario, por tanto, tener presente en todo momento las oportunas remisiones que se pueden hacer a la normativa específica, las cuales hasta el momento están produciendo un efecto de limitación en las amplias posibilidades con que el derecho cuenta inicialmente en sede constitucional.

Por otra parte, tampoco el art. 61 ET cubre satisfactoriamente la regulación necesaria de todo cuanto atañe al derecho de participación como derecho básico incluido en el catálogo del art. 4.1 g) ET. Efectivamente, en el art. 61 ET se dice textualmente que: «De conformidad con lo dispuesto en el art. 4 de esta Ley y sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este Título».

De la lectura del precepto citado se puede advertir un importante desajuste a partir de la referencia que en él se hace al art. 4 ET, ya que se confunden e incluso contraponen las distintas formas de participación de los trabajadores en la empresa (indeterminadas por lo demás en el precepto) con el instrumento que principalmente se utiliza para hacer efectivas cualquiera de dichas formas participativas, es decir, con la representación de los trabajadores.

Yendo más allá, se sigue sin desvelar en el art. 61 ET cuáles son las formas de participación que los trabajadores o sus representantes pueden emplear para ejercitar este derecho, puesto que dicho artículo se limita a decir «y sin perjuicio de otras formas de participación». Al respecto hay que recordar que tanto el art. 129.2 CE, como el art. 61 ET, hablan de «diversas» y de «otras» formas de participación, pero ni la una, ni el otro, se ocupan de concretar a cuáles se están refiriendo. Tienen en común, eso sí, el uso del plural que se le atribuye al derecho de participación de los trabajadores en la empresa, en cuanto que no limitan a una sola las posibilidades de ejercitar el derecho. Dicho de otro modo, caben variadas formas, aunque no acaban (ni la Constitución ni el Estatuto de los Trabajadores) de desvelar si éstas podrán ser pocas o muchas, leves o intensas, generalizadas o limitadas, y así sucesivamente⁵².

Cierto es, no obstante, que en los últimos tiempos se da un importante paso adelante en todo cuanto atañe a la implicación participativa de los asalariados en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada al concretar el art. 19 LSLP (al que ya se ha hecho referencia) algunos de los requisitos que se deben cumplir para que el derecho de participación se pueda materializar en el seno de estas concretas sociedades.

Así pues, y en conclusión, el problema detectado en el mandato del constituyente se resuelve limitada e insatisfactoriamente en las normas reguladoras de nuestro sistema de relaciones laborales (del que el ET es fiel exponente) y, todo ello, sin aparente solución general y definitiva en el corto plazo, lo que no es óbice para que pueda mantenerse la expectativa de contar con otros sistemas distintos del que se ha desarrollado legalmente hasta el momento.

En efecto, como doctrinalmente se ha podido afirmar, «El hecho de que la Ley no los haya recogido hasta el momento no significa que no lo vaya a hacer en un futuro más o menos próximo»⁵³. Con todo, algún atisbo de cambio de rumbo se puede observar con la incidencia que en nuestro ordenamiento jurídico han tenido las leyes de trasposición de las

⁵² En relación con esta cuestión sigo el criterio de Pérez Amorós cuando comenta críticamente el art. 129.2 CE sosteniendo respecto de la ambigüedad y amplitud de contenidos que «únicamente se señala que dicha participación puede tener “diversas formas”, pero con ello no es suficiente para precisar cuestiones sobre la participación, tales como tipos o variedades, sistemas o modelos y niveles». Pérez Amorós, F. (1988). P. 30.

⁵³ Rodríguez Sañudo, F. (1979). P. 716.

Directivas comunitarias en materia de participación, concretamente, la Ley 10/1997 de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria, la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas y, destacadamente, más próxima en el tiempo, la tantas veces citada Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas.

Finalmente, baste recordar que la labor promocional encomendada a los poderes públicos puede afectar a otras vías extra-normativas, esto es, principalmente al cauce convencional. Hasta tal punto que la administración negociada de la incorporación de estos derechos es de muy frecuente presencia en los convenios colectivos pactados bilateralmente, si bien, también es constatable que la concreción de derechos no suele ir más allá de la estricta traslación normativa al ámbito convencional. En definitiva, la intervención de los agentes sociales, e incluso la voluntad de las partes contractualmente manifestada (este último supuesto en muy raras ocasiones), son cauce adecuado para la plasmación de cualesquiera aspectos relacionados con la participación de los trabajadores en la empresa en el seno de las sociedades laborales y participadas.

Fruto de la libertad concedida en la utilización de las distintas fuentes reguladoras de marcos de acción de estos derechos es la identificación de diferentes modelos⁵⁴ que, en todo caso, sirven para dar la necesaria cobertura a los derechos de participación de los trabajadores en la empresa en general, y de la sociedad laboral en particular. A saber:

- La regulación de tipo estatutario donde la promoción y desarrollo de la participación se contiene en la Ley.
- La regulación conjunta centralizada, en la cual el esquema se fundamenta en acuerdos entre las partes sociales a nivel central.
- La regulación mixta, que es una combinación de leyes y acuerdos.
- El voluntarismo, en el cual cualquier solución de participación en la empresa se deja a la iniciativa local de las partes.

Es evidente, por lo demás, que las distintas opciones no resultan incompatibles a la hora de su utilización, si bien, esto no implica desconocer que «las relaciones entre la Ley y la negociación colectiva seguirán siendo en un futuro previsiblemente mucho más variadas y complejas en todos

⁵⁴ Regalia, I. (1997). P. 57.

los Estados europeos, sin excepción, y los sistemas negociales más ricos y heterogéneos»⁵⁵. Sin duda alguna, así se podrá constatar en las distintas preferencias que la doctrina manifiesta por una u otra fuente; de este modo se encuentran sectores⁵⁶ claramente defensores de la negociación y la concertación social por considerar que son prioritarias respecto a la regulación por Ley como medio de equilibrar los intereses de las partes en la relación laboral y compatibilizarlos con las exigencias sociales y de competitividad.

Otros sectores doctrinales⁵⁷, en cambio, destacan las indudables ventajas de una mayor intervención de la legislación estatal, que conduzca a afianzar los instrumentos de participación en la línea de una más amplia generalización, uniformidad del modelo, estabilidad temporal, seguridad jurídica y protección del cumplimiento de las normas por los poderes públicos.

XII. PARTICIPACIÓN ECONÓMICA DE LOS PRESTADORES DE TRABAJO

En esta materia se puede observar en tiempos recientes un nuevo reconocimiento normativo (LSLP) de las virtudes que presentan las variadas expresiones de participación económica que tienen uno de sus más importantes puntos de referencia en la ya lejana Recomendación del Consejo 92/443/CEE, de 27 de julio, relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa (incluida participación en el capital), ya que en la misma se prevé expresamente que el tema de los acuerdos sobre nuevas disposiciones en materia de participación financiera de los trabajadores puede integrarse en las negociaciones normales sobre salarios y condiciones de trabajo, sin sustituir a éstas y, todo ello, desde el convencimiento de que este tipo de participación favorecerá la mayor implicación de los prestadores de trabajo en la empresa.

De acuerdo con lo antedicho, y con el apoyo en el más reciente Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Participación financiera de los trabajadores en Europa», es evidente que una política con apoyos legales o convencionales más incisiva en esta materia requerirá de

⁵⁵ Casas Baamonde, M^a. E. (2000). P. 209.

⁵⁶ Treu, T. (1999). P. 202.

⁵⁷ Cruz Villalón, J. (1992). P. 27.

un giro drástico en el rumbo que hasta ahora se ha venido marcando en las distintas realidades nacionales (desde luego también en la nuestra). De tal modo que, como anticipa Carrieri⁵⁸, para su consecución la difusión de experiencias de este género debe corresponderse a estos criterios: 1. Contextualización de la participación en el capital y el proceso decisorio (como actualización del objetivo de la codecisión); 2. Nivel supra-empresarial de actuación, como efecto de reglas de estabilidad mediante ley o la negociación nacional, con el fin de mantener las bases mínimas de solidaridad social; 3. Búsqueda de formas de investigación mixtas en las cuales trabajadores y sindicatos, junto a empresarios y representantes institucionales públicos concierten «un nuevo compromiso social».

El impulso experimentado por las diversas expresiones de participación económica se exterioriza a través de fórmulas de participación en el capital o en los resultados de la empresa, que se muestran en última instancia susceptibles de ser reagrupadas bajo la conocida participación económica o financiera.

1. Participación en el capital de la sociedad laboral

Con la participación mayoritaria en el capital de la empresa se alcanza la plenitud decisonal y gestora planteada en orden a propiciar la alteración de las relaciones de control y poder existentes en la misma pues, como en el caso que nos ocupa de la sociedad laboral, se debe garantizar «Que al menos la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido» (art. 1.2 a) LSLP), eso sí, siempre «Que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social» (art. 1.2 b) LSLP). Por tanto, cuando concurren los mencionados requisitos, se puede constatar la vinculación de la participación en la propiedad de la empresa mediante la posesión de acciones o participaciones y, a su vez, la correlativa participación en los órganos de decisión de la empresa, esto es, tanto en la Junta General como en el Órgano de Administración.

Al respecto, la confesada finalidad del legislador no es otra que la conversión formal de los trabajadores de la sociedad en propietarios, asumiendo consecuentemente con la adquisición de acciones o participaciones la categoría jurídica de copropietarios con doble vínculo societario

⁵⁸ Carrieri, M. (1991). P. 157.

y laboral, o lo que es lo mismo, con estatus de socio trabajador de la sociedad laboral.

Sin embargo, situación distinta es la que acontece cuando nos situamos ante la participación de los trabajadores no socios en la propiedad de la sociedad a través de la adquisición de acciones o participaciones del capital social de la empresa, cuya principal advocación ha sido, por lo demás, el histórico «accionariado obrero». Tal opción se presenta, no obstante, desprovista de efectividad real en cuanto a capacidad de influencia sobre las decisiones y/o gestión de la empresa. Por consiguiente, toda expectativa sobre la previsible implicación de los trabajadores asalariados en los órganos de dirección, administración y/o gestión (con su correspondiente poder decisorio) aunque deseable y recomendable (art. 19.1 a) LSLP) no conlleva opción real alguna de alteración en la estructura de poder empresarial con que cuenta la sociedad anónima o de responsabilidad limitada.

Finalmente, debe destacarse la capacidad de adaptación de este instrumento a las necesidades de la fuerza de trabajo asalariada en los nuevos tiempos, haciendo gala de una sorprendente elasticidad que nos sitúa en presencia de un renovado y proteico «accionariado obrero» considerablemente distinto al tradicionalmente conocido.

Ahora bien, en el análisis de las sociedades laborales y participadas revisite mayor interés, sin duda alguna, lo que la doctrina italiana en la década de los noventa y en relación con la participación en el capital ha venido en llamar «accionariado asociativo»⁵⁹, introducido a través de la negociación colectiva como instrumento de superación de crisis empresariales y, a la vez, para propiciar la unidad de intereses entre empresa y trabajadores. En fin, aun no siendo equiparable en todos sus extremos a la configuración de las sociedades laborales y participadas en nuestro país, es lo cierto y verdad, que se sitúa, como una variante más, en la zona de influencia de los derechos de participación económica en el capital.

2. Participación en los resultados de la sociedad laboral

En el orden de ideas que viene de exponerse, y atendiendo particularizadamente al esquema retributivo de participación de los prestadores de trabajo en los resultados de la empresa, el debate se aborda por parte de la

⁵⁹ Cilento, M. (1999). P. 21.

doctrina desde distintos presupuestos terminológicos, de tal manera que la participación a que venimos haciendo mención se presenta para unos como «Un problema de redistribución de ganancia, de mayor equidad en la distribución de la plusvalía. Para otros, es participación en el proceso productivo, con sugerencias sobre cuestiones técnicas»⁶⁰.

Pues bien, en el orden de aplicación del Derecho del Trabajo, y en atención a la concurrencia de la relación laboral sustanciada en el art. 1.1 ET que resulta de aplicación tanto a socios trabajadores como a trabajadores asalariados, hemos de tomar como principal referente material de la participación que ahora se considera lo dispuesto en el art. 26.3 ET, ya que el mismo prevé que como complemento salarial fijado por la negociación colectiva o por el contrato individual, la participación en beneficios forme parte de la estructura del salario, en función de los «resultados de la empresa». Parece evidente que desde la perspectiva abordada por el art. 26.3 ET, y atendiendo a las potencialidades de la institución, ésta ha quedado relegada a un secundario y limitado papel secundario en las posibles pretensiones participativas de la fuerza de trabajo en la empresa.

Por tanto, alejados ya de la búsqueda de fundamentos heurísticos, y situados en el marco que proporciona el ET (como consecuencia de la carencia de otros referentes legislativos en la materia), se incorpora el carácter prioritario que debe corresponder a la negociación colectiva a la hora de determinar la estructura del salario (nuevamente art. 26.3 ET) en la que, como es de todos sabido, tiene puntual cabida la participación en beneficios, eso sí, entendida como complemento salarial fijado en función de los resultados obtenidos por la empresa. Al efecto, e igualmente, se puede contemplar la fijación de dicho complemento salarial mediante pacto en contrato individual, si bien, de manera secundaria, ya que se hace depender su regulación a través de este medio de la inexistencia («en su defecto», dice la Ley) de convenio colectivo.

A pesar de la precisión en la norma, y de la preeminencia otorgada al convenio colectivo (como instrumento previsor de la participación en beneficios), se ha podido afirmar, y coincido básicamente en ello, que dos han sido las tendencias detectadas desde su entrada en vigor, a saber: en primer lugar, que «en la actualidad la participación en beneficios no ocupa una posición central en la negociación colectiva»; y, en segundo lugar, «que los convenios colectivos muestran la participación en beneficios con-

⁶⁰ Brusco, S. y Solinas, G. (1997). P. 159.

figurada más bien como una paga anual de cantidad fija o variable a abonar en determinados meses del año».

Siendo así, de lo que viene de decirse cabe extraer como conclusión que la figura estudiada juega un papel más que relativo en la escala de prioridades de la negociación colectiva y que, a la par, queda materializada con su fijación la disociación entre cuantía pactada y obtención de resultados positivos en el ejercicio económico que corresponda.

Bibliografía

- AGUILERA IZQUIERDO, R. (2000). «Instituciones de participación y, en especial, delegados de personal, (en torno a los artículos 61 y 62)». El Estatuto de los Trabajadores (veinte años después). *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100. P. 1240.
- BALANDI, G. G. (1993). «L'informazione nei rapporti di lavoro e sindacali». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. P. 740.
- BAYLOS GRAU, A. (1991). *Derecho del Trabajo: modelo para armar*. Madrid: Trotta.
- (1994). «Sistema de empresa y reforma del mercado de trabajo». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 5. p. 144.
- BORRAJO DACRUZ, E. (2001). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos (11ª ed.).
- BIAGI, M. (1992). *Representación de los trabajadores y democracia en la empresa*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- BLANPAIN, R. (1983). «Informazione e consultazione». AA.VV. *Diritto del lavoro e relazioni industriali comparate*. Roma: Edizioni Lavoro.
- BRUSCO, S. y SOLINAS, G. (1997). *Competitività e partecipazione*. Bologna: Il Mulino.
- CALVO ORTEGA, R. (2013) *Sociedades laborales*. Madrid, Civitas.
- CANO LÓPEZ, A. (2002). *Teoría jurídica de la economía social*. Madrid: CES.
- CARRIERI, M. (1991). «La democrazia economica dimezzata». *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, nº 51. P. 157.
- CASAS BAAMONDE, Mª. E. (2000). «Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo». ALARCÓN CARACUEL, M. R. y MIRÓN HERNÁNDEZ, Mª M. (Coordinadores). *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*. Madrid: Marcial Pons.
- CAZORLA PRIETO, L. M. (1985). *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas.
- CILENTO, M. (1999). «Pratiche e strumenti di democrazia economica in Italia». *Lavoro Informazione*, nº 5. P. 21.
- COMISIÓN CEE (1976). *Libro verde sobre Participación de los trabajadores y estructura de la empresa*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- CORDOVA, E. (1982). «Participación de los trabajadores en las decisiones dentro de la empresa: tendencias y problemas actuales». *Revista Internacional de Trabajo*, nº 101/02. P. 141.
- CRUZ VILLALÓN, J. (1992). *Representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*. Madrid: Trotta.

- DIVAR GARTEIZ-ÁRRUECOA, J. (1986). «La cogestión como fórmula de la organización empresarial». *Anuario de Estudios Cooperativos*. Ed. Instituto de Estudios Cooperativos. Bilbao. P. 92.
- DURÁN LÓPEZ, F. (1998). «La participación de los trabajadores». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 13. p. 79.
- ESTEBAN VELASCO, G. (1982). *El poder de decisión en las sociedades anónimas*. Madrid: Civitas-Fundación Universidad Empresa.
- FAJARDO GARCÍA, G. (2002). «Aspectos del régimen jurídico de la cooperativa de trabajo asociado en España». ÁLVAREZ VEGA, M^a I. (Coordinadora). *Aspectos jurídico y económico de las empresas de economía social*. Oviedo: Universidad de Oviedo.
- (2006). «Aspectos societarios de la reforma de la Ley de sociedades laborales». *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n° 19. P. 142.
- GALIANA MORENO, J. M. (1991). «La participación de los trabajadores en la empresa». VIDAL CARUANA, G. (Coordinador). *El cambio laboral en la década de los noventa*. Madrid: Espasa Calpe-CDN.
- GALIANA MORENO, J. M. y GARCÍA ROMERO, B. (2003). «La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 43. P. 19.
- GARCÍA ARCE, M^a C y PRIETO JUÁREZ, J. A. (2004). *Acción social en la empresa*. Madrid: Trotta.
- GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C. (2001). *Los derechos de información en el contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch. Valencia.
- GARCÍA ORTEGA, J. (1993). «El salario en régimen de participación en ingresos o beneficios». *Estudios sobre el salario*. Madrid: ACARL.
- GARCÍA PELAYO, M. (1980). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad.
- GARRIDO PÉREZ, E. (1995). *La información en la empresa*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. (2008). *El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo*. Pamplona: Thomson&Aranzadi.
- GRAGNOLI, E. (1996). *L'informazione nel rapporto di lavoro*. Torino: Giapichelli Editore.
- HANAMI, T. (1983). «La partecipazione dei lavoratori nella fabbrica e nell'impresa». AA.VV. *Diritto del lavoro e relazioni industriali comparate*. Ed. Edizioni Lavoro. Roma, 1983. p. 333.
- LANDA ZAPIRAIN, J. P. (2004). «La participación financiera de los trabajadores y los problemas de la "gobernanza corporativa": ¿una probable nueva dimensión de la responsabilidad social de la empresa articulable entre la corresponsabilidad y la capacidad de codecisión del factor trabajo». *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*. LANDA ZAPIRAIN, J. P. (Coordinador). Albacete: Bomarzo.
- LÓPEZ GANDÍA, J. (2008). *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2006). «Las sociedades laborales desde el Derecho del Trabajo. Cuestiones centrales y propuestas de reforma». *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n° 19, 251-262. LUCAS, A. (1993). «El papel de los valores en algunas experiencias de democracia industrial». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 11. p. 187.

- LÓPEZ I MORA, F. y SARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ, J. V. (2001). «Acotaciones y puntos críticos sobre el papel de las cooperativas de producción y de las sociedades laborales en el sistema económico». *Revista CIRIEC-España*, n° 38. P. 13.
- LÓPEZ I MORA, F. (2002). «La prestación de servicios en las cooperativas y en las sociedades laborales». En, *Estudios jurídicos sobre economía social*. Madrid: Marcial Pons.
- LUCAS, A. (1993). «El papel de los valores en algunas experiencias de democracia industrial». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 11. p. 187.
- LUCAS VERDÚ, P. (1996). *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Cortes Generales-Edersa.
- MERCADER UGUINA, J. (1996). *Modernas tendencias en la ordenación salarial*. Pamplona: Aranzadi.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (1992). *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Madrid: Civitas.
- OJEDA AVILÉS, A. (1978). *La cogestión de las grandes empresas en Europa*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- (2006). «Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa». *Revista de Derecho Social*, n° 35. p. 17.
- OJEDA AVILÉS, A. y RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. (1978). «Estructura de la empresa». *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, n° 4. P. 221.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1986). *Participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa*. Ginebra: OIT.
- ORTÍZ LALLANA, M^a C. (1989). *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*. Barcelona: Bosch.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (2005). *Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca*. Madrid: Marcial Pons.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2016). *Derecho del Trabajo*. Madrid: CEURA.
- PANIAGUA ZURERA, M. (2011) *Las empresas de la economía social. Más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social*. Madrid: Marcial Pons.
- PAZ CANALEJO, N. (1980). «El proyecto de Ley de sociedades cooperativas: síntesis crítica de su contenido». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 3. p. 340.
- PÉREZ AMORÓS, F. (1988). «Garantías del derecho de participación de los trabajadores en la empresa». *Relaciones Laborales*, n° 13. P. 30.
- PERULLI, A (1991). *I diritti di informazione*. Torino: Giappichelli editore.
- PRADOS DE REYES, F. J. y VIDA SORIA, J. (1980). «Principios constitucionales sobre la participación social: aplicación y desarrollo». *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Cortes Generales/Editoriales de Derecho Reunidas.
- REGALIA, I. (1997). «Potenzialità e limiti della partecipazione diretta: il punto di vista delle parti sociali in Europa». *Rivista Diritto Industriale*, n° 1. p. 57.
- RIVERO LAMAS, J. (1997). «Participación y representación de los trabajadores en la empresa». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 84. p. 494.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. (1979). «La participación de los trabajadores en la empresa». *Revista Política Social*, n° 121. P. 419.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (1990). «Derechos de información del Sindicato y paga de beneficios». *Revista Relaciones Laborales*, n° 21. pp. 4 y 7.
- ROJO TORRECILLA, E. (1988). «Empresas de trabajo asociado y política de fomento del empleo (análisis normativo y resultados)». VIDAL MARTÍNEZ, I. y ROJO

- TORRECILLA, E. (Coordinadores). *Asociacionismo económico y mercado*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F. (2013) «Comentario del art. 129.2 de la Constitución Española de 1978 y su desarrollo (con especial atención a la participación en la empresa)». SEMPERE NAVARRO, A. (Director). *El modelo social en la Constitución Española*. Granada: Comares.
- SALERNO, F. (1977). *Conflitto e partecipazione. La ricerca del consenso in fabbrica*. Roma: Cedis Editrice.
- SAÑA, H. (1977). *Sindicalismo y autogestión*. Madrid: G. del Toro.
- SARTORI, G. (2003). *¿Qué es la democracia?* Madrid: Taurus.
- SCARPELLI, F. (2000). «Diritti di informazione individuali e collettivi: l'incidenza sulla configurazione del contratto di lavoro». *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, n° 2.
- SCHREGLE, J. (1976). «Participación de los trabajadores en la adopción de decisiones». *Revista Internacional de Trabajo*, Vol. 93, n° 1. p. 9.
- TOMASETTA, L. (1972). *Participación y autogestión*. Buenos Aires: Amorrortu.
- TREU, T. (1999). «Compiti e strumenti delle relazioni industriali nel mercato globale». *Lavoro e Diritto*, n° 2. P. 202.
- VALDÉS DAL-RE, F. (1997). «La participación de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales». *Revista Tribuna Social*, n° 73. pp. 27 y ss.
- WEBB, SIDNEY y BEATRICE. *La democracia industrial*. Madrid: Biblioteca Nueva.

El estatuto jurídico del socio trabajador desde la perspectiva del Derecho del Trabajo

VANESSA CORDERO GORDILLO

*Profesora Contratada Doctora Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia*

SUMARIO: I. EL DOBLE VÍNCULO SOCIETARIO Y LABORAL. II. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA LABORAL. 1. La ajenidad y la dependencia. 2. El contrato de trabajo del socio trabajador. 3. La extinción del contrato de trabajo. Bibliografía.

I. EL DOBLE VÍNCULO SOCIETARIO Y LABORAL

Según el art. 1.2.a) de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas (en adelante LSLP), la característica fundamental de este tipo de sociedades es que al menos la mayoría de su capital social debe ser «propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido». De esta manera, los socios trabajadores tienen un doble vínculo, societario y laboral con la sociedad en la que prestan servicios (Luján Alcaraz, 1997). Así lo ha confirmado la jurisprudencia, con relación a la normativa anterior, pudiendo citarse, entre otras, la STS de 11 de noviembre de 1997 (Recurso nº 4483/1996), en virtud de la cual en la sociedad laboral «se integra, con carácter estructural, la doble relación trabajador-socio, por lo que el hecho de que el trabajador participe en el capital social con un número de acciones —cuyo máximo viene limitado por la Ley— no es obstáculo a la calificación de sus servicios retribuidos en forma personal y directa, como incluibles en la relación laboral».

Esta doble condición socio-trabajador por cuenta ajena diferencia a los socios trabajadores de sociedades laborales de los socios de cooperativas de trabajo asociado, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo. En efecto, en el caso de los socios de cooperativas existe un único vínculo, el societario, lo que determina la inaplicación de la normativa laboral (López Mora, 1999), sin perjuicio de que su régimen jurídico específico presente ciertas similitudes con la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET).

La compatibilidad entre la condición de socio y trabajador de una misma sociedad resulta posible debido al hecho de que la sociedad laboral se configura como un ente con personalidad jurídica diferenciada de los sujetos que la componen, lo cual permite que la sociedad celebre contratos de trabajo con los socios (López Gandía, 2006)¹. No obstante, también se ha afirmado que la inclusión del socio trabajador en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo tendría naturaleza constitutiva, al establecerla la propia LSLP (Luján Alcaraz, 1997; Cavas Martínez y Selma Penalva, 2011).

Asimismo, el doble vínculo encontraría su justificación en el hecho de que, como sociedades capitalistas, anónimas o de responsabilidad limitada, no resulta posible efectuar una aportación de trabajo al capital social. Así lo corrobora el art. 58 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, según el cual sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica y, en ningún caso, podrán serlo el trabajo o los servicios. Por esta razón, el trabajo de los socios tiene que derivar de otro contrato con la sociedad, de naturaleza laboral (López Mora, 1999).

Ambos vínculos, societario y laboral, son autónomos e independientes entre sí, pues resulta posible perder la condición de trabajador y conservar la de socio (Mercader Uguina y Portellano Díez, 1997). Ello sin perjuicio de que, como se verá, en caso de extinción de la relación laboral el socio esté obligado a ofrecer la adquisición de sus acciones o participaciones; pero si nadie ejerce su derecho de adquisición, puede conservar la calidad de socio de clase general (art. 9.1 LSLP).

Por otro lado, los socios trabajadores de sociedades laborales no se mencionan expresamente en los arts. 1 y 2 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, que establecen los supuestos incluidos y excluidos, respectivamente, del ámbito de aplicación de la referida norma. En este sentido, el art. 1.2.c) dispone que serán trabajadores autónomos, entre otros, quienes presten servicios «para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla» remitiéndose para ello a la DA 27ª del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, remisión que, en la actualidad, debe entenderse referida al art.

¹ Así lo afirma también la jurisprudencia, *vid.* la STS de 11 de noviembre de 1997 (Recurso nº 4483/1996).

305.2.b) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante LGSS)². Sin embargo, pese a que cabría pensar que los socios trabajadores de sociedades laborales poseen el control efectivo de la misma en los términos de dicha disposición, hay que entender que estas previsiones no les resultarían aplicables, debiendo prevalecer su normativa específica (art. 1.3 Ley 20/2007), la propia LSLP.

En definitiva, nos encontramos ante una relación jurídica *sui generis*; o, como también se ha calificado, un híbrido entre trabajador por cuenta ajena y socio industrial (Cavas Martínez y Selma Penalva, 2011).

II. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA LABORAL

La LSLP sólo regula aspectos mercantiles, no cuestiones laborales; en consecuencia, a la relación laboral existente entre el socio trabajador y la sociedad laboral le resulta aplicable en bloque la normativa laboral (ley y convenios colectivos) como a cualquier trabajador por cuenta ajena (López Gandía, 2006). No obstante, la doble condición de socio y trabajador determina la existencia de ciertas peculiaridades (Luján Alcaraz, 1997).

1. La ajenidad y la dependencia

Como relación jurídica de naturaleza laboral, en el vínculo existente entre el socio trabajador y la sociedad deben concurrir las notas características del contrato de trabajo tal y como se establecen en el art. 1.1 ET: ajenidad, dependencia, carácter voluntario y retribuido de la prestación. Sin embargo, en el caso de la relación jurídica que nos ocupa, la concu-

² Según este último precepto se entenderá que poseen el control efectivo, en todo caso, «cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.

3.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad».

rrencia de las dos primeras notas no siempre se da con nitidez (López Mora, 1999), en particular, en sociedades laborales de pocos socios (Luján Alcaraz, 1997) o en las que los socios, además, están unidos por vínculos familiares³.

Por lo que respecta a la ajenidad, la propia Ley marcaría la línea divisoria entre trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia al establecer un tope máximo de participación en el capital por cada socio (López Mora, 1999), sin que sea posible superar un tercio del mismo (art. 1.2.b) LSLP). *A contrario sensu* si la participación de un socio supera un tercio, la nota de la ajenidad quedaría diluida y no nos encontraríamos ante una relación laboral por cuenta ajena (Cavas Martínez y Selma Penalva, 2011).

Ahora bien, la propia LSLP permite que se supere el límite referido, como excepción, cuando la sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, y tanto el capital social como los derechos de voto estén distribuidos al 50%, aunque con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite del tercio de dicho capital social. Ciertamente, desde la perspectiva laboral, se plantearía una situación peculiar por cuanto el trabajador sería titular de la mitad del capital social de la empresa en la que presta servicios, de tal modo que la nota de la ajenidad quedaría completamente desdibujada. Si bien, cabe entender que, por tratarse de una situación meramente transitoria o provisional y, sobre todo, por así establecerlo la Ley al referirse al contrato que debe existir entre el socio y la sociedad laboral, no afectaría a la calificación de la relación como laboral.

En cuanto a la dependencia, esta nota puede aparecer diluida por el hecho de que los socios trabajadores poseen la capacidad de participar en el gobierno y administración de la sociedad y, en consecuencia, de influir e incluso decidir sobre la política laboral de la misma (López Mora, 1999). Las dificultades prácticas afectarían, particularmente, a los socios de sociedades laborales que ostentan la condición de administradores de la misma

³ En materia de encuadramiento de los socios trabajadores en el sistema de Seguridad Social, el art. 305.2.e) LGSS establece que cuando la participación en el capital social del socio junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado, con los que convivan alcance, al menos, el 50%, deberán estar incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, salvo que acrediten que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares.

por cuanto, mientras en materia de Seguridad Social el régimen jurídico es claro, no puede decirse lo mismo por lo que respecta a los aspectos laborales, pues la Ley no contiene ninguna previsión sobre esta materia.

En este sentido, la jurisprudencia ha entendido que es perfectamente compatible la condición de socio minoritario, administrador y trabajador por cuenta ajena de una sociedad capitalista⁴, lo cual, además, resultaría más claro en el caso de las sociedades laborales. No obstante, según los Tribunales, no existe tal compatibilidad entre la condición de administrador y alto cargo de la sociedad⁵ pues «en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo; por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría

⁴ SSTs de 20 de octubre de 1998 (Recurso n° 4062/1997), 24 de octubre de 2000 (Recurso n° 292/1999), 29 de septiembre de 2003 (Recurso n° 4225/2002), 29 de septiembre de 2003 (Recurso n° 4225/2002), 17 de febrero de 2009 (Recurso n° 739, 2008), entre otras. Según la primera de las sentencias citadas «Mantener que, una sociedad mercantil constituida sólo por trabajadores, que, a su vez, tienen —cada uno de ellos— una participación mínima e igual en el capital social, lo que les impide, controlar individualmente la sociedad —y con la cautela, además, de que las facultades de gestión les son otorgadas mancomunadamente—, únicamente puede dar cobertura a relaciones jurídicas mercantiles y no laborales, ignorando la existencia de trabajadores que pueden asumir la doble función, es desconocer la realidad de las cosas». Por su parte, la STS de 17 de febrero de 2009 afirma que si el socio tiene con la sociedad laboral una relación laboral común y, además, es consejero delegado, sin retribución, el primer vínculo tiene vigencia sobre el segundo.

⁵ Aunque, a efectos de Seguridad Social, el art. 136.2.e) LGSS parece admitir la compatibilidad al establecer que cuando el administrador, de manera simultánea al desempeño de las funciones de dirección y gerencia, esté vinculado a la sociedad mediante una relación laboral especial de alta dirección, siempre que no posea el control efectivo de la misma, estará incluido en el Régimen General de la Seguridad Social o en el Especial que corresponda, como asimilado a trabajador por cuenta ajena, sin protección por desempleo ni del Fondo de Garantía Salarial, salvo cuando el número de socios de la sociedad laboral no supere los veinticinco.

admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral»⁶.

De este modo, el principal problema que se plantea es el relativo a si los administradores de sociedades laborales, con participación en el capital social de la misma, que no desempeñen simultáneamente una prestación de servicios encuadrable dentro de una relación laboral común, pueden tener un vínculo contractual laboral con la sociedad. En tales casos, cabría entender que la relación con la sociedad sería de naturaleza mercantil y no laboral lo que equivaldría a una imposibilidad de ostentar la condición de socio trabajador (López Gandía, 2008; López Mora, 1999)⁷. Sin embargo, se ha argumentado también que, en el caso específico de las sociedades laborales, la existencia del doble vínculo laboral y mercantil vendría impuesta por la Ley por lo que no cabría extrapolar los criterios aplicables a las demás sociedades capitalistas (López Gandía, 2008)⁸.

2. El contrato de trabajo del socio trabajador

Una de las principales especialidades de la relación jurídico-laboral entre el socio trabajador y la sociedad en la que presta servicios es que, por

⁶ SSTs de 24 de mayo de 2011 (Recurso n° 1427/2010), 26 de diciembre de 2007 (Recurso n° 1652/2006), 20 de noviembre de 2002 (Recurso n° 337/2002), 16 de junio de 1998 (Recurso n° 5062/1997), 11 de marzo de 1994 (Recurso n° 1318/1993) o 27 de enero de 1992 (Recurso n° 1368/1991).

⁷ En este sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de septiembre de 2009 (Recurso n° 2034/1999) entiende que existe relación mercantil en el socio de una sociedad laboral que cuenta con un tercio del capital social, era administrador único y desempeñaba funciones de gerente.

⁸ En materia de Seguridad Social, de conformidad con el art. 136.2.e) LGSS, el socio trabajador, aun cuando forme parte del órgano de administración social, debe encuadrarse en el Régimen General de la Seguridad Social, siempre que no desempeñen funciones de dirección y gerencia ni posean el control efectivo de la sociedad. Si, por el contrario, realizan funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su vinculación simultánea a la sociedad laboral mediante una relación laboral de carácter especial de alta dirección, y siempre que no posean el control efectivo de la misma, será necesario distinguir en función de si la sociedad tiene más de 25 socios, en cuyo caso quedarán encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, sin protección por desempleo ni del Fondo de Garantía Salarial, o si el número de socios no es superior a 25 pues, en tal caso, procederá su inclusión plena en el Régimen General de la Seguridad Social o en el Especial que corresponda por razón de la actividad de la sociedad.

imperativo legal, el contrato de trabajo debe tener carácter indefinido (art. 1.2.a) LSLP), lo que excluiría la existencia de socios con contratos de duración determinada⁹. Ello se justificaría por la necesidad de dotar de cierta continuidad y estabilidad a la sociedad, tanto en el ámbito interno como en el externo (López Gandía, 2006).

La situación de los socios trabajadores contrasta con la existente con respecto a los trabajadores no socios, respecto a los cuales su contratación por tiempo indeterminado se encuentra limitada por la Ley, que fija unos topes de trabajadores no socios con contrato indefinido. En efecto, el art. 1.2.c) LSLP establece que el número de horas trabajadas anualmente por los trabajadores no socios contratados por tiempo indefinido, no podrá ser superior al 49% del total de horas trabajadas al año por los socios trabajadores. Únicamente se excluyen de este cómputo los trabajadores no socios con contrato indefinido que tengan reconocida una discapacidad psíquica en grado igual o superior al 33%. Por el contrario, no existe ningún tipo de límite en relación con la contratación de trabajadores con contratos de duración determinada.

Con todo, ello contrasta con la regulación que contenía la anterior Ley 4/1997, cuyo art. 1.2 disponía que el número de horas trabajadas al año por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios, no podía ser superior al 15% del total de horas trabajadas anualmente por los socios trabajadores, para las sociedades laborales de 25 o más socios, y si la sociedad tenía menos de 25 socios trabajadores, el referido porcentaje no podía ser superior al 25%.

De esta manera, la nueva regulación flexibiliza la contratación de trabajadores no socios con una relación laboral de carácter indefinido. Ciertamente, puede llamar la atención el hecho de que en el contexto actual, en el que se pretende fomentar la contratación indefinida, se fijan legalmente límites a la contratación de duración indeterminada y no así a la de duración determinada¹⁰. En principio, ello encontraría su justificación en evitar

⁹ Si bien, como pone de manifiesto López Gandía (2006), la doctrina ha discutido sobre la posibilidad de que los trabajadores con contratos de duración determinada puedan ser titulares de acciones o participaciones de clase general, pues las de clase laboral estarían limitadas a los socios trabajadores con contrato indefinido.

¹⁰ De hecho, incluso podrían plantearse problemas prácticos, por ejemplo, la aplicación del art. 15.5 ET según el cual «los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos

la distorsión del concepto de sociedad laboral, de tal manera que dejara de ser una sociedad de trabajadores para pasar a ser una sociedad «tipo» en la que los socios se convirtieran en los empleadores de los trabajadores no socios (López Gandía, 2008)¹¹.

En todo caso, la Ley pretende fomentar la conversión de trabajadores no socios en socios trabajadores a través de diversos mecanismos. En concreto, la preferencia para la adquisición de acciones o participaciones de «clase laboral» cuando un socio se proponga transmitir la totalidad o parte de las mismas (art. 6.2 LSLP) o en los supuestos de ampliación de capital (art. 11.3 LSLP) (Cavas Martínez y Selma Penalva, 2011)¹².

Por otro lado, una de las principales novedades que introdujo en su momento la Ley 4/1997 respecto a su predecesora, la Ley 15/1986, en relación con el contrato de trabajo de los socios trabajadores, fue la admisión del contrato a tiempo parcial, lo cual se mantiene en la actual LSLP¹³. En consecuencia, la vinculación de los socios trabajadores con la sociedad podrá ser a través de un contrato a jornada completa o a tiempo parcial, incluyendo también a los fijos discontinuos regulados en el art. 15.8 ET, sin que se prevea ninguna especialidad por esta circunstancia por cuanto lo determinante es el número de acciones o participaciones que posean los socios trabajadores y no el número de horas que presten servicios (López Gandía, 2006)¹⁴.

Asimismo, los socios trabajadores podrán tener un contrato de trabajo común o hallarse vinculados a la sociedad mediante una relación laboral

temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos» (López Gandía, 2008).

¹¹ Con todo, se trata de una cuestión que no está exenta de críticas (López Gandía, 2008).

¹² La Ley 4/1997 también preveía la posibilidad de que los trabajadores no socios con contrato indefinido que adquirieran, por cualquier título, acciones o participaciones «de clase general» pudieran exigir a la sociedad la inclusión de las mismas en la «clase laboral» (art. 6.3).

¹³ La Ley 15/1986 no sólo exigía que la vinculación de los socios con la sociedad se instrumentara a través de un contrato indefinido sino que también requería que dicho contrato fuera a jornada completa.

¹⁴ Si bien, ello tiene incidencia en el límite de trabajadores no socios con contrato indefinido que pueden prestar servicios en la sociedad pues, como se vio, se encuentra relacionado con el número de horas anuales trabajadas por los socios trabajadores.

de carácter especial de las previstas en nuestra legislación (López Gandía, 2006). Ahora bien, hay que entender que no todas las relaciones laborales especiales resultarían posibles en este ámbito, algunas por su propia naturaleza, como la relación laboral especial del servicio del hogar familiar¹⁵, otras por admitir únicamente la contratación de duración determinada, incompatible con la condición de socio trabajador de una sociedad laboral, como la de deportistas profesionales¹⁶ o la de residencia¹⁷.

3. La extinción del contrato de trabajo

Uno de los pocos aspectos de la relación laboral del socio trabajador al que hace referencia la LSLP es la extinción del contrato de trabajo, si bien únicamente para regular los efectos de dicha extinción sobre la relación societaria. En concreto, el art. 9.1 LSLP dispone que cuando se extinga la relación laboral del socio trabajador, éste estará obligado a ofrecer la adquisición de sus acciones o participaciones en el plazo de un mes desde la firmeza de la extinción de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 6 y, si nadie ejercitara su derecho de adquisición, conservará la cualidad de socio de clase general.

Este último precepto establece un derecho de adquisición preferente con respecto a las acciones o participaciones de «clase laboral» transmitidas por un socio trabajador. En primer lugar, las acciones o participaciones, salvo que lo estatutos de la sociedad hayan establecido otra cosa, podrán transmitirse libremente a los socios trabajadores y trabajadores no socios con contrato indefinido, debiendo el transmitente notificar a los administradores de la sociedad por escrito y de manera fehaciente, el número y características de las acciones o participaciones que se proponga transmitir así como la identidad del adquirente.

En segundo lugar, de no existir adquirente, el transmitente de acciones o participaciones deberá comunicar a la sociedad el número, características y términos económicos de las acciones o participaciones para que ésta traslade la propuesta en el plazo máximo de diez días simultáneamente a

¹⁵ RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

¹⁶ RD 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.

¹⁷ RD 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.

todos los posibles interesados, los cuales deberán manifestar su voluntad de adquisición en un plazo máximo de 20 días contados desde la notificación de la transmisión proyectada. Recibidas las ofertas de compra, los administradores disponen de un plazo de 10 días para comunicar al vendedor la identidad del o de los adquirentes, estableciéndose un orden de prelación entre los interesados, en caso de concurrencia: trabajadores indefinidos no socios, en relación directa a su antigüedad en la empresa, socios trabajadores, en relación inversa al número de acciones o participaciones de las que sean titulares, socios de la clase general, a prorrata de su participación en el capital social y la propia sociedad.

Finalmente, si nadie ejerce su derecho de adquisición preferente, el socio conservará la condición de socio de clase general (art. 9.1 LSLP).

En todo caso, habiendo interesados en la adquisición de las acciones o participaciones, el socio estará obligado a formalizar la venta; de no hacerlo y, requerido notarialmente para ello, el órgano de administración podrá proceder a la transmisión por el valor razonable o, en su caso, el establecido conforme a los criterios de valoración previstos en los estatutos, que se consignará a disposición de aquél, bien judicialmente o bien en la Caja General de Depósitos o en el Banco de España (art. 9.1 párr. 2º LSLP).

Este régimen jurídico resultaría aplicable a todas las causas de extinción del contrato de trabajo del socio trabajador, aunque el art. 9.2 prevé la posibilidad de que los estatutos sociales establezcan reglas especiales para los supuestos de jubilación e incapacidad permanente, para los socios trabajadores que por subrogación legal o convencional dejen de ser trabajadores de la sociedad así como, pese a no tratarse de un supuesto de extinción, en caso de excedencia¹⁸.

Por lo que respecta a la jubilación y la incapacidad permanente¹⁹, esta previsión implica que, si así se dispone en los estatutos de la sociedad, el socio trabajador no tendría la obligación de transmitir sus acciones o participaciones. Ahora bien, cabe entender que dichas acciones o participaciones pasarían a ser de clase general ante la imposibilidad de ostentar acciones o participaciones de clase laboral por quien ya no tiene la condición de socio trabajador.

¹⁸ En cambio, los supuestos de suspensión del contrato de trabajo no deben tener incidencia sobre la relación societaria (Mercader Uguina y Portellano Díez, 1997).

¹⁹ Aun cuando la LSLP no distingue, hay que entender que se refiere a los supuestos de incapacidad permanente que posibilitan la extinción del contrato de trabajo (total, absoluta y gran invalidez), no a la incapacidad permanente parcial.

En cuanto a la excedencia, cabría distinguir entre los distintos tipos de excedencias que prevé la legislación laboral. Así, mientras la excedencia forzosa y la excedencia para el cuidado de hijos y familiares conllevan una reserva de puesto de trabajo para el trabajador (art. 46.1 y 3 ET)²⁰, en la excedencia voluntaria el trabajador sólo conserva un derecho preferente para el reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa (art. 46.5 ET).

Por ello, las previsiones estatutarias con respecto a la incidencia de la excedencia de los socios trabajadores sobre la relación societaria deberían tener en cuenta los diferentes efectos de estos tipos de excedencias (López Mora, 1987). Y, en todo caso, lo más lógico sería la reserva de las acciones o participaciones de clase laboral hasta la finalización de la situación de excedencia y, únicamente si no se produjera su reingreso, aplicar el régimen previsto para la extinción del contrato de trabajo (Mercader Uguina y Portellano Díez, 1997).

Por otro lado, el art. 9.1 LSLP introduce una novedad de relevancia para los supuestos de transmisión de acciones o participaciones en caso de extinción de la relación laboral del socio trabajador al especificar que la oferta de adquisición de sus acciones o participaciones deberá efectuarse en el plazo de un mes desde la *firmeza* de la extinción. En efecto, con la regulación contenida en la Ley 4/1997 podían plantearse problemas prácticos cuando el contrato de trabajo de un socio trabajador se extinguía por despido y el mismo era declarado improcedente o nulo. Como ha señalado la doctrina (López Mora, 1987), en caso de despido improcedente la transmisión forzosa de las acciones o participaciones podía suponer una doble penalización para el socio trabajador pues perdería tanto la condición de trabajador como la de socio.

Respecto al despido nulo, también se señaló que, puesto que el efecto es la readmisión obligatoria del trabajador, de haberse producido la transmisión forzosa de títulos con anterioridad a la declaración de nulidad por sentencia firme, el interesado debía volver a prestar servicios en la sociedad como trabajador pero sin la condición de socio, en cuyo caso, podía resultar necesario, o bien que los adquirentes procedieran a su devolución,

²⁰ En la excedencia forzosa el trabajador tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo, mientras que en la excedencia para el cuidado de hijos y familiares, durante el primer año se reserva el mismo puesto de trabajo y, posteriormente, también existe reserva de puesto pero del mismo grupo profesional.

o bien que la sociedad indemnizara al perjudicado (Mercader Uguina y Portellano Díez, 1997).

Teniendo en cuenta lo expuesto, se propuso que fueran los estatutos de la sociedad los que dieran solución a estos problemas prácticos, siendo lo más prudente diferir la transmisión forzosa de las acciones o participaciones a la firmeza del despido (Mercader Uguina y Portellano Díez, 1997).

Esta es la opción por la que se ha decantado la actual LSLP, estableciendo que la transmisión deberá efectuarse una vez firme la extinción de la relación laboral. Ahora bien, en estos casos tampoco pueden desconocerse los riesgos de que la sociedad pierda la calificación de laboral de no producirse la venta de las correspondientes acciones o participaciones (López Gandía, 2006). De esta manera, la norma debería haber aclarado el régimen jurídico aplicable a las acciones o participaciones de aquellos socios que hayan visto extinguidos sus contratos de trabajo por despido y hayan impugnado la decisión de la sociedad ante los Tribunales en tanto se tramita el proceso correspondiente.

Bibliografía

- CAVAS MARTÍNEZ, F. y SELMA PENALVA, A. (2011). «El estatuto jurídico-profesional de los socios trabajadores en la proyectada reforma de las sociedades laborales». *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 22, 1-35.
- LÓPEZ GANDÍA, J. (2006). *Las sociedades laborales y la aplicación del Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2008). «Las sociedades laborales desde el Derecho del Trabajo. Cuestiones centrales y propuestas de reforma». *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 19, 1-12.
- LÓPEZ MORA, F. (1987). «Las sociedades anónimas laborales». *Revista de treball*, 5, 9-25.
- (1999). «Problemática laboral de los socios trabajadores de las empresas de Economía Social: ¿socios o trabajadores?». *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 31, 9-46.
- LUJÁN ALCARAZ, J. (1997). «Las sociedades laborales: aspectos laborales y de Seguridad Social». En F. J. ALONSO ESPINOSA (Dir.). *Régimen jurídico de las sociedades laborales. Estudio sistemático de la Ley 4/1997*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MERCADER UGUINA, J. R. y PORTELLANO DÍEZ, P. (1997). «La Sociedad laboral: sencillamente una sociedad especial (A propósito de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales)». *Relaciones Laborales*, 1, 1155-1199.

Sociedades laborales: cuestiones de seguridad social

JESÚS GARCÍA ORTEGA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia*

SUMARIO: I. EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL: CARACTERÍSTICAS Y ESTRUCTURA. II. ENCUADRAMIENTO DE LOS SOCIOS TRABAJADORES, ADMINISTRADORES SOCIALES Y ALTOS DIRECTIVOS DE LAS SOCIEDADES LABORALES. 1. Encuadramiento de los socios trabajadores. 2. Encuadramiento de los socios trabajadores que formen parte del órgano de administración social como consejeros pasivos. 3. Encuadramiento de los socios trabajadores que realicen funciones de administración ejecutiva. 3.1. Administradores ejecutivos retribuidos por el desempeño del cargo. 3.2. Administradores ejecutivos vinculados simultáneamente a la sociedad mediante una relación laboral especial de alta dirección. 3.3. Administradores ejecutivos sin retribución por el desempeño del cargo. 4. Encuadramiento de los socios trabajadores en caso de sociedades laborales familiares. Bibliografía.

I. EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL: CARACTERÍSTICAS Y ESTRUCTURA

La regulación actual del sistema español de Seguridad Social se encuentra en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS) aprobado por RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre. No obstante, la vigencia del sistema se remonta a fecha 1 de enero de 1967 en que entró en vigor Decreto 907/1966, de 21 de abril, que aprobó el texto articulado de la Ley de Bases de Seguridad Social (ley de 28 de diciembre de 1963), que supuso un tránsito de los antiguos seguros sociales establecidos para riesgos concretos a la moderna Seguridad Social que, como función del Estado, garantiza una protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones contempladas en la Ley (art. 2.2 TRLGSS). En este sentido, la acción protectora del sistema comprende dos modalidades de prestaciones, contributiva y no contributiva (inicialmente establecida por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre).

Las prestaciones de la modalidad no contributiva de Seguridad Social son, fundamentalmente, las pensiones por jubilación e invalidez (y otras:

asistencia sanitaria incluida en la seguridad social, complementos por mínimos y prestaciones familiares, art. 109.3.b) TRLGSS) y no se condicionan al cumplimiento de unos requisitos previos de tipo profesional (afiliación, cotización, etc.), sino a la insuficiencia de rentas y residencia en territorio nacional (art. 7.2 TRLGSS).

Son rasgos característicos del sistema en cuanto a la modalidad contributiva de prestaciones, su carácter profesional, contributivo, causal y pluralista.

El campo de aplicación del Sistema incluye a españoles y extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que ejerzan su actividad en territorio nacional (art. 7.1 LGSS). Por tanto, las personas incluidas en el ámbito protector del sistema lo están, no por su condición de ciudadanos, sino por ejercer una actividad profesional. A estos efectos, deben estar incluidos en alguno de estos supuestos: trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, en régimen de ajenidad y dependencia laboral, en las distintas ramas de la actividad económica, con independencia de la naturaleza común o especial de la relación y de la duración de la misma, o bien quienes hayan sido asimilados a ellos; trabajadores por cuenta propia o autónomos; socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado; estudiantes y funcionarios civiles y militares. La asimilación de determinados grupos en los que no concurren los rasgos típicos definitorios de una relación laboral a trabajadores dependientes y por cuenta ajena en régimen laboral ha sido el cauce que ha permitido ensanchar el ámbito de los sujetos protegidos por la Seguridad Social contributiva, incluyendo a personas cuya actividad se rige por otras ramas del ordenamiento; pero la inclusión como asimilados no determina automáticamente una equiparación en la protección, sino que la norma que disponga la asimilación a trabajadores por cuenta ajena determinará el alcance de la protección otorgada (art. 155.2 LGSS).

La contributividad del sistema, característica esencial que identifica a esta modalidad de prestaciones de Seguridad Social, significa que las cuotas profesionales que abonan los empresarios y trabajadores en tanto que personas obligadas, constituyen el principal recurso para la financiación de la misma (art. 109 TRLGSS). Las cuotas se calculan en función de los salarios pagados o percibidos; y las prestaciones se cuantifican a partir de las bases por las que se hubiera cotizado, de forma que las mismas cumplen una función de sustitución de las rentas de activo.

Es, asimismo, rasgo característico del sistema español su carácter causal en materia de prestaciones. Este carácter significa que la protección se dispensa de forma diferente en atención al origen común o profesional de la contingencia o riesgo causante de la situación de necesidad protegida. Es decir, el TRLGSS establece diferentes condiciones para causar derecho a las prestaciones y diferente intensidad y extensión de las mismas, según que su origen o causa fuese común o profesional, en beneficio de las contingencias profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional).

El carácter pluralista del sistema se ha manifestado en el fraccionamiento del conjunto de las personas incluidas, que se encuadran en distintos regímenes de Seguridad Social; así, junto a un Régimen General (art. 9.1.a) TRLGSS), regulado en el Título II del TRLGSS, se establecen unos regímenes especiales en el art. 10.2 TRLGSS (de trabajadores por cuenta propia o autónomos; trabajadores del mar; funcionarios públicos, civiles y militares; estudiantes (régimen no desarrollado, de forma que sigue en vigor el seguro escolar) y los demás que determine el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, como ha sido el caso del Régimen Especial de la Minería del Carbón), configurados como tales por razón de las peculiares condiciones de tiempo y lugar o porque la índole de sus procesos productivos lo hiciera preciso para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social, si bien el factor determinante de la especialidad radicó históricamente en la inferior capacidad económica, lo cual se tradujo en un diferente e inferior grado de protección respecto régimen general. En la regulación de los regímenes especiales debía tenderse a la homogeneidad con el Régimen General, en la medida en que las disponibilidades financieras lo permitiesen (art. 10.4 TRLGSS); de forma que la protección dispensada por este régimen ha marcado históricamente la aspiración de equiparación de los grupos integrados en los diversos regímenes especiales.

En fin, en virtud del principio de tendencia a la unidad proclamado en la norma (art. 10.5 TRLGSS), la estructura del sistema se ha simplificado; de un lado, el RD. 2621/1986, de 24 de diciembre, integró en el régimen general una serie de regímenes especiales (ferroviarios, jugadores de fútbol, representantes de comercio, artistas y toreros) y en el régimen de trabajadores autónomos integró al de escritores de libros; de otro, y más recientemente, se ha suprimido el régimen especial de empleados de hogar, e integrado en el Régimen General (D. Ad. 39ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto), también se ha suprimido el régimen especial agrario, de tal forma que los trabajadores por cuenta propia agrarios se integraron en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, dentro de un sistema especial específico (Ley 18/2008, de 4 de julio) y los trabajado-

res por cuenta ajena agrarios se integraron en el régimen general, también mediante un sistema especial propio (Ley 28/2011, de 22 de septiembre).

La compleja estructura del sistema se basa en una pluralidad de regímenes, pero las normas reguladoras de los mismos no se aplican necesariamente por igual a todos los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación y a los empresarios para los que presten su actividad; ello es así porque pueden quedar incluidos en el ámbito de aplicación de un sistema especial. El concepto tradicional de sistema especial consiste en técnicas específicas en materia de «encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación» (art. 11 TRLGSS) para adaptar la aplicación de los Regímenes de la Seguridad Social a determinados colectivos, evitando así el establecimiento de mayor número de regímenes especiales. Dos grupos básicos conforman los sistemas especiales actuales; unos, establecidos en aplicación de la literalidad del art. 11 TRLGSS incluyen fundamentalmente trabajadores fijos discontinuos o de temporada y otros, de regulación más reciente y no siempre denominados así de forma expresa, se aplican a los colectivos procedentes de antiguos regímenes especiales.

Los regímenes en que podrán quedar encuadrados los socios trabajadores de las sociedades laborales son, principalmente, el Régimen General y el Régimen de Trabajadores Autónomos (RETA).

El campo de aplicación del Régimen General comprende a los trabajadores por cuenta ajena (y dependencia) o asimilados comprendidos en el art. 7.1.a) LGSS y los que son objeto de inclusión expresa: trabajadores por cuenta ajena y socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aunque formen parte del órgano de administración como consejeros pasivos y no posean el control efectivo de la sociedad (art. 136.1. y 2.b) TRLGSS). Asimismo, se declaran asimilados a trabajadores por cuenta ajena, sin protección por desempleo ni fondo de garantía salarial, a los consejeros y administradores ejecutivos, que no posean el control efectivo de la sociedad y sean retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma (art. 136.2.c) TRLGSS).

Se excluyen del ámbito de aplicación del Régimen General, por no tener la consideración de trabajadores por cuenta ajena, las prestaciones de trabajo de familiares, entendiendo por tales el cónyuge, ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, inclusive, y en su caso por adopción; además del parentesco, la exclusión requiere convivencia con el empresario y dependencia económica. En todo caso, se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario que acredite el carácter laboral de la relación (art. 12.1 TRLGSS). En este sen-

tido, para practicar la afiliación y alta de los familiares del empresario en el Régimen General (o cualquier otro que encuadre trabajadores por cuenta ajena: de Trabajadores del Mar y Minería del Carbón), se acompañará además de la documentación prevista con carácter general una declaración del empresario y del familiar en la que se haga constar la condición de éste como trabajador por cuenta ajena, clasificación profesional, puesto de trabajo, forma y cuantía del salario, etc. pudiendo requerirse por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 40.1 RD 84/1996, de 26 de enero). Asimismo, se excluyen del ámbito del Régimen General los servicios amistosos, benévolos y de buena vecindad (art. 137.a) TRLGSS).

En cuanto al campo de aplicación del RETA, se encuadran en el mismo los trabajadores por cuenta propia o autónomos, entendiendo por tales quienes realicen de forma habitual, personal y directa por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena, en los términos y condiciones determinados por la LGSS y normas de desarrollo (art. 305.1 LGSS). Queda encuadrado en este régimen el trabajo prestado por el cónyuge y demás parientes del empresario a que antes se hizo referencia, por presumirse no laboral, respondiendo subsidiariamente el trabajador autónomo del cumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta, baja y variación de datos (art. 305.2.k) LGSS y art. 40.2 RD 84/1996, de 26 de enero); si bien, el empresario tiene la opción de contratar como trabajadores por cuenta ajena a sus hijos menores de treinta años, aunque convivan con ellos, o mayores de esa edad que tengan especiales dificultades para su inserción laboral, aunque convivan con él, pero la acción protectora no incluye en este caso la protección por desempleo (Disposición Adicional 10ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo y art. 12.2 LGSS).

Asimismo, inicialmente por consecuencia de la jurisprudencia se incluyeron en el RETA los socios trabajadores de sociedades en las que fueran propietarios de, al menos, el 50 por 100 del capital social (Desdentado Bonete, A. & Tejerina Alonso, J. I., 2004, pp. 86-87); es decir, en caso de «participación mayoritaria propiamente dicha (la mitad o más de las acciones) faltaría la nota de ajenidad, y nos encontraríamos ante un supuesto de trabajo por cuenta propia» (STS de 29 de enero de 1997, rec. 2577/1995 y las allí citadas).

Actualmente, y como resultado de una compleja evolución normativa y jurisprudencial (Del Rey Guanter, S. & Gala Durán, C., 199, pp. 187 y ss.), quedan encuadrados en el RETA los socios trabajadores de sociedades

mercantiles capitalistas y quienes ejerzan funciones de dirección y gerencia que conlleva el cargo de consejero o administrador, a título lucrativo y de forma personal y directa, siempre que posean el control efectivo de la sociedad. Se presume, *iuris et de iure* que hay control efectivo cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social. Asimismo, se establecen tres supuestos en que se presume *iuris tantum* (es decir, que cabe prueba en contrario) que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad, sin perjuicio de que al margen de esta forma de probar mediante presunciones, la Administración puede demostrar tal control efectivo por el trabajador mediante cualquier otro medio de prueba: a) Que la participación en el capital social del trabajador, su cónyuge y parientes con los que conviva (hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o adopción) sea al menos del 50 por cien; b) Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte; y c) Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad (Art. 305.2.b) TRLGSS).

II. ENCUADRAMIENTO DE LOS SOCIOS TRABAJADORES, ADMINISTRADORES SOCIALES Y ALTOS DIRECTIVOS DE LAS SOCIEDADES LABORALES

Las sociedades laborales cuentan con una amplia historia normativa. La vigente ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, derogó la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, que por su parte sucedió a la Ley de Sociedades Anónimas Laborales de 1986 (ley 15/1986); así como esta última tenía como finalidad dar una respuesta positiva a una situación caracterizada por el cierre de empresas y la consiguiente pérdida de empleos, es decir, a fomentar la recuperación por los propios trabajadores de un proyecto empresarial fracasado, la ley de 1997 hacía especial énfasis en la finalidad de conseguir nuevos métodos de creación de empleo y dar cumplimiento al mandato constitucional de fomentar la participación de los trabajadores en la empresa. La reforma de las sociedades laborales llevada a cabo por la LSLP tiene por objeto actualizar y simplificar su singular régimen jurídico, al que mejora pero en clave continuista, fortaleciendo su vertiente empresarial y facilitar el acceso de los trabajadores a la condición de socio (García Ruiz, E., 2017, p. 69).

Se trata, por tanto, de una medida de fomento del emprendimiento colectivo que utiliza como instrumento formas de sociedades de capital, con

las que los socios trabajadores establecen una doble y compatible relación, si bien no exenta de problemas; así, de un lado conciertan con la misma una relación laboral, regida por las normas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y, de otro, una relación societaria regida por el Derecho Mercantil. Esta peculiaridad diferencia de este tipo de sociedades frente a otras, como las cooperativas de trabajo asociado, que también constituyen un instrumento de los trabajadores para intervenir colectivamente en la creación y mantenimiento de empleo, pero donde tan solo existe una relación societaria y las reglas de encuadramiento en Seguridad Social dejan un margen a la opción a los mismos (Art. 14 TRLGSS de 2015).

Son sociedades laborales las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que cumplan los requisitos legalmente exigidos, consistentes en que la mayoría del capital social es propiedad de los trabajadores que prestan servicios retribuidos en forma personal y directa en la misma mediante un contrato por tiempo indefinido, que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social y que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios no sea superior al cuarenta y nueve por ciento del cómputo global de las horas-año trabajadas en la sociedad laboral por el conjunto de los socios trabajadores, sin computar a efectos de este límite el trabajo realizado por los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al treinta y tres por ciento (art. 1 y 2 Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas, LSLP). Además, deben obtener y mantener la calificación correspondiente otorgada por la autoridad administrativa competente (art. 2 LSLP).

Aunque las sociedades laborales son sociedades de capital, forman parte de las entidades que integran el sector de la economía social, que actúan en base a unos principios orientadores específicos (arts. 4 y 5 Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social), y por ello mismo son beneficiarias de los incentivos establecidos a favor de estas entidades por la incorporación de socios trabajadores; de otro lado, los trabajadores son acreedores de las medidas de promoción destinadas a fomentar su incorporación a la sociedad con tal carácter (DF 4ª LSLP).

El rasgo más característico de estas sociedades radica en que la mayoría del capital social debe ser propiedad de los trabajadores que en ellas presten servicios retribuidos en forma personal y directa en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido; es decir, en régimen de ajenidad y dependencia y mediante un contrato de duración indefinida que confiere al trabajador la condición de fijo. Es determinante la duración indefinida del contrato y no el carácter de las prestaciones, porque el contrato por

tiempo indefinido pueden serlo de prestaciones discontinuas, o también a tiempo completo o parcial. En caso de transgresión sobrevenida de este límite, la sociedad debe acomodar a la ley la situación de sus socios en el plazo de 18 meses a contar desde el primer incumplimiento (art. 1.2. b) 4º LSLP).

Como regla general, ningún socio puede poseer más de una tercera parte del capital, pero esta regla cuenta con dos excepciones (art. 1.2.b) LSLP). Una de ellas, que proviene del art. 5.3 de la LSL de 1997, relativa a socios que sean entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, entidades no lucrativas o de la economía social, en cuyo caso la participación puede superar la tercera parte, pero sin alcanzar el 50 por ciento del capital social. La segunda excepción, y más llamativa, autoriza que la sociedad laboral se constituya inicialmente con dos socios trabajadores, en la que tanto el capital social como el derecho de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento; es decir, de forma igualitaria, y con el límite temporal de 36 meses, con la obligación de ajustarse al límite general de distribución del capital; por el contrario, si se trata de transgresión sobrevenida del límite de distribución del capital, el plazo para acomodar la situación a la ley es de 18 meses. Esta excepción que permite constituir una sociedad laboral tan solo con dos socios trabajadores no se justificó durante la tramitación de la ley, de lo cual deja constancia el CES en su dictamen 6/2015 (p. 10), motivo por el cual no realiza valoraciones, justificación que se pretende basar en la conveniencia de dar facilidades para elegir este tipo de sociedad a pequeñas empresas que tienen unas necesidades laborales limitadas (García Ruiz, E., 2017, p. 72), quizá por ello esta excepción fue saludada con satisfacción (Calvo Végez, J., 2016, pp. 5-6).

En los supuestos de transgresión sobrevenida de los límites de distribución del capital social, la sociedad está obligada a acomodar la situación de los socios a la ley en el plazo de 18 meses a contar desde el primer incumplimiento. Desde luego, la superación de los límites incide en materia de encuadramiento en Seguridad Social, cuestión que se analiza más adelante.

El tercer requisito legal de concurrencia necesaria para la sociedad pueda ser calificada como laboral es el relativo al número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido, que no puede ser superior al 49 por ciento del cómputo global de horas-año trabajadas en la sociedad laboral por el conjunto de los socios trabajadores (art. 12.c) LSLP). A estos efectos no computan las horas trabajadas por trabajadores contratados mediante alguna de las diferentes modalidades de contrato temporal, ni las realizadas por trabajadores con discapacidad (en grado

igual o superior al 33 por ciento). Si fuera superado el límite, la sociedad deberá alcanzarlo en el plazo de doce meses. No obstante, el órgano del que dependa el Registro de Sociedades Laborales puede conceder hasta dos prórrogas, por un plazo máximo de doce meses cada una, valorando el progreso realizado en cada solicitud. Por su carácter objetivo, recibe un tratamiento especial y más favorable para la conservación del carácter laboral de la sociedad el supuesto de superación del límite de horas realizadas por trabajadores fijos no socios que se hubieran incorporado a la plantilla de la empresa en caso de subrogación legal o convencional; es decir, porque se le hubiera cedido una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y consecuentemente se hubiera subrogado en la posición del anterior empresario (art. 44 TRET) o también cuando la subrogación no se impone por mandato de la ley, sino por el convenio colectivo, en los supuestos en que la empresa sucede a otra en la actividad sin recibir ningún tipo de sustrato patrimonial, para garantizar la estabilidad en el empleo. En estos casos el plazo de adaptación es de 36 meses.

Este requisito relativo al límite de las horas trabajadas por trabajadores fijos no socios ha sido polémico en el pasado, porque afecta al carácter social de las sociedades laborales, que son sociedades de capital pero no capitalistas. Pues bien, la actual LSLP ha ampliado el volumen de las horas-año que pueden realizar los trabajadores no socios, sin incidencia del número de socios trabajadores. La actual regulación ha ampliado sustancialmente el porcentaje de horas de trabajo por los trabajadores fijos no socios, lo cual permitirá reducir la contratación temporal abusiva y la presión a que estaba sometida la sociedad en caso de que los trabajadores no quisieran o no tuvieran posibilidades económicas para adquirir la condición de socios.

En el caso de los socios trabajadores de las sociedades laborales son, ante todo, trabajadores por cuenta ajena y como tales deben quedar encuadrados en Seguridad Social; la condición de trabajadores por cuenta ajena se mantiene incluso en caso de sociedad laboral familiar con el consiguiente encuadramiento en el RETA, como más adelante se analizará. Los socios trabajadores mantienen una doble relación «autónoma y relativamente comunicada» (Mercader Uguina, J. R. & Portellano Díez, P., 1997, p. 164) pero no del todo independientes, y prueba de ello es la obligación que tiene el socio trabajador en caso de extinción del contrato de ofrecer la adquisición de sus acciones o participaciones (art. 9 LSLP); es decir, se fomenta que las acciones o participaciones de clase laboral se mantengan bajo control de los trabajadores. Este dominio de la sociedad por parte de los trabajadores no hace desaparecer los elementos básicos de la relación laboral (especialmente, ajenidad y dependencia) como se ha sugerido, ni

el mantenimiento independiente de la doble relación se debe a la ley de sociedades laborales, que tendría efectos de inclusión constitutiva en el ámbito laboral (Luján Alcaraz, F., 1997, p. 153), de forma que la misma compatibilidad se predica de las sociedades de capital controladas por trabajadores (sociedades de trabajadores), sin que ninguno tuviera individualmente mayoría del capital, y sin que los mismos hubieran interesado su calificación como laboral (STS de 20 de octubre de 1998, Rec. 4062/1997).

El encuadramiento en seguridad social de los socios trabajadores y administradores sociales de las sociedades laborales fue una materia que suscitó dudas durante la vigencia de la ley 15/1986, de sociedades anónimas laborales, ley que no contenía precepto específico sobre la materia. En la práctica, los socios trabajadores fueron encuadrado en el Régimen General, o en el especial que correspondiera por razón de la actividad, y los socios que ocuparan cargos de administración social, en el RETA (Mercader Uguina, J. R., 1999, pp. 10 y ss).

Posteriormente, la ley 4/1997, ya contenía un artículo destinado específicamente a abordar la cuestión relativa al encuadramiento en seguridad social de los socios trabajadores al servicio de las sociedades laborales, situado en el capítulo II, titulado «Régimen Tributario». La literalidad del artículo 21 de la LSL en su redacción inicial era la siguiente: «Artículo 21. Régimen de afiliación a la Seguridad Social. Todos los socios trabajadores de las sociedades laborales estarán afiliados al Régimen General o a alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, incluidos los miembros de los órganos de administración, tengan o no competencias directivas». Se establecía así un principio de encuadramiento uniforme, en un mismo régimen de Seguridad Social, de los socios con independencia de que sus tareas fueran propias de una relación laboral común o participaran en el órgano de administración, ejercieran o no funciones directivas. Esta regla entró en conflicto con la D. Ad. 27ª TRLGSS añadida por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que estableció reglas generales sobre encuadramiento de los socios de sociedades mercantiles capitalistas, que fragmenta el encuadramiento de los mismos (Mercader Uguina, J. R., 1999, p. 15), remitiendo hacia el RETA una parte sustancial de las personas que prestaban servicios en sociedades laborales, por cuanto se incluían en el mismo a «Quienes presten servicios retribuidos por cuenta de una sociedad mercantil capitalista, siempre que posean el control efectivo de ésta por su participación directa o indirecta en el capital social o por cualquier otro medio», considerando que el trabajador posee el control efectivo cuando «cualquiera que sea su porcentaje de participación en el capital social, se trate de empresas en las que únicamente presten ser-

vicios quienes tengan la condición de socios, constituyendo la aportación de trabajo para la entidad, título necesario para el reparto de las ganancias sociales». Además de los socios con control efectivo de la sociedad, fueron también encuadrados en el RETA los administradores sociales ejecutivos, considerando la doctrina que tales reglas eran también de aplicación a las sociedades laborales, resultando imprescindible la reforma del art. 21 de la LSL para el «establecimiento de una solución más acorde» con la naturaleza de estas sociedades (De la Villa Gil, L. E., 1998, p. 17).

Y la reforma que se consideraba necesaria para cambiar las reglas de encuadramiento se llevó a cabo mediante el art. 34 de la ley 50/1998, de 30 de diciembre, que dio nueva redacción al art. 21 de la Ley 4/1997, al art. 97. 2.a) y 2.k) y la D. Ad. 27^a del TRLGSS, y que con alguna reforma menor introducida posteriormente (art. 22.5 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre), así como la DA 47^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, estableció las reglas vigentes sobre esta materia hasta la publicación de la LSLP. La reforma de 1998 supuso el establecimiento de reglas comunes de encuadramiento de socios trabajadores y de administradores sociales, poniendo fin a los problemas de inseguridad jurídica creados por la ley 66/1997, incluso el traslado de la regulación general aplicable a las sociedades mercantiles capitalistas a un tipo específico de las mismas, las sociedades laborales, ha parecido en exceso mimética y un tanto automática (López Gandía, J., 1999, p. 259), no atendiendo suficientemente las peculiaridades de éstas sociedades.

La doctrina laboralista da cuenta de las diversas propuestas de reforma que se han formulado específicamente sobre el régimen de encuadramiento en Seguridad Social de los socios trabajadores (López i Mora, F., 2010, p. 97). La Confederación Empresarial de Sociedades Laborales de España (CONFESAL), propuso en 2006 reformar el art. 21 LSL para equiparar a estas sociedades con las cooperativas de trabajo asociado, permitiendo que la sociedad, a través de sus estatutos, pudiera libremente optar entre la inclusión de los socios trabajadores en el Régimen General o en el RETA, dejando constancia de sus ventajas e inconvenientes (Goñi Sein, J. L., 2008, pp. 10-17), haciendo hincapié en la penalización que supone para los socios trabajadores aceptar cargos retribuidos de administración social (López Gandía, J., 2008, pp. 10-11).

En este sentido, en 2009 se formuló una nueva propuesta de reforma de esta materia, en el marco de una propuesta más global, en la que se proponía la reforma del art. 21 LSL (que pasaría a ser el 20 según la propuesta) según la cual, los socios trabajadores de las sociedades laborales, aun cuando formen parte de órgano de administración de la sociedad,

tengan o no competencias directivas, y perciban o no retribución por el ejercicio de las mismas, disfrutarán de todos los beneficios de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena que corresponda en función de su actividad, así como la protección del Fondo de Garantía Salarial. Esta propuesta afecta, fundamentalmente a los administradores sociales ejecutivos remunerados, que quedarían encuadrados como trabajadores por cuenta ajena y a las sociedades laborales familiares, cuya peculiaridad desaparecería de la misma. Pues bien, en alguna medida las propuestas de reforma han sido tenidas en cuenta por el legislador, aunque no se ha equiparado a los socios trabajadores de las sociedades laborales con los de las cooperativas de trabajo asociado, se ha ampliado el régimen protector de los socios trabajadores de sociedades que cuenten con menos de veinticinco socios, que ejerzan funciones de dirección y gerencia y sean retribuidos por ello o por su vinculación simultánea a la sociedad mediante una relación laboral especial de alta dirección.

En efecto, la DA 47^a de la Ley 27/2011, de 1 agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que entró en vigor el día 1 de enero de 2013 (DF 1^a a), establecía: «*Disposición adicional cuadragésima séptima. Sociedades laborales. Los socios trabajadores de las sociedades laborales, cuando el número de socios no sea superior a veinticinco, aun cuando formen parte del órgano de administración social, tengan o no competencias directivas, disfrutarán de todos los beneficios de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena que corresponda en función de su actividad, así como la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial*».

Posteriormente la LSLP reformó el art. 97.2.m) y añadió la DA 27 bis al TRLGSS/1994; la regulación vigente se encuentra en los arts. 136.2. d) y e) y art. 305.2.e) TRLGSS de 2015, donde se refunden las reformas antes citadas.

1. Encuadramiento de los socios trabajadores

Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de las sociedades mercantiles capitalistas quedan encuadrados en el Régimen General (art. 136.2.b) TRLGSS), salvo que por razón de la actividad de que se trate queden incluidos en un Régimen Especial (art. 137.b) TRLGSS); y actualmente, después de la simplificación de la estructura del sistema a que antes se hizo referencia, tales regímenes especiales que incluyan trabajadores por cuenta ajena solo son los de trabajadores del mar y minería del carbón.

La regla específica del art. 136.2.d) TRLGSS, en concordancia con la establecida en el apartado 2.b) del mismo artículo y relativa a los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores en las sociedades de capital, dispone que se declaren expresamente comprendidos los socios trabajadores de las sociedades laborales, cuya participación en el capital social se ajusta a lo establecido en el art. 1.2.b) LSLP, y aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni posean el control efectivo en los términos previstos por el art. 305.2.e).

La precisión que la norma hace sobre la consideración de los socios trabajadores como trabajadores por cuenta ajena siempre que su participación en el capital se encuentre dentro de los límites establecidos en la LSLP, es de contenido similar al art. 21.1 LSL de 1997 que fue calificado como superfluo e inexacto (Valpuesta Gastaminza, E. M. & Barberena Belzunze, I., 1998, p. 233) o como carente de trascendencia alguna, pues no otorga ningún trato de favor en relación con el art. 97.2.a) de la LGSS (actual 136.2.b LGSS/2015) (López Gandía, J., 2007, p. 174). En mi opinión, no es una precisión del todo superflua y vendría a suponer que la superación de la tercera parte del capital por parte de alguno de los socios trabajadores no desencadenaría un cambio automático en el régimen de encuadramiento en favor del RETA, por cuanto con arreglo a las normas comunes en caso de que la participación en el capital social exceda de un tercio del mismo, se presume el control efectivo de la sociedad (art. 305.2.b) 2º TRLGSS). Así pues, la sociedad dispondría de dieciocho meses para acomodar a la ley la participación de los socios antes de proceder a su descalificación y cambio del encuadramiento del socio o socios que superen el límite de capital. Ahora bien, si un solo socio trabajador acumulara una participación en el capital social que llegara al 50 por ciento, ya fuera por transgresión sobrevenida o desde la inicial constitución por tan solo dos socios trabajadores mediante distribución igualitaria del capital, desde ese mismo momento los citados socios deben ser encuadrados en el RETA (Díez Acimas, L. A., 2016, p. 86).

2. Encuadramiento de los socios trabajadores que formen parte del órgano de administración social como consejeros pasivos

Asimismo, los socios trabajadores quedan incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General y tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena aun cuando formen parte del órgano de administración social, como consejeros pasivos y sin percibir remuneración por ello; para

ello, la actividad de los mismos no puede exceder o sus funciones no pueden ir más allá de las de deliberación y consejo, propias de estos cargos (STS de 11 de noviembre de 1997, rec. 4483/1996). En este sentido el citado art. 136.2.d) TRLGSS condiciona la inclusión plena de los socios trabajadores que sean miembros del órgano de administración a que los mismos no realicen funciones de dirección y gerencia (administradores activos) ni posean el control efectivo de la sociedad en los términos del art. 305.2.e), a que más adelante se hace referencia.

En este caso su inclusión en el Régimen General o el especial que corresponda, es plena, e incluye la protección de las contingencias y situaciones de necesidad protegidas por el mismo. Se ha suprimido la referencia específica que reafirmaba la protección por desempleo y la otorgada por el Fondo de Garantía Salarial, entidad ajena a la Seguridad Social, por su carácter redundante. Porque si se predica de los mismos su relación laboral común, la protección es la propia de los trabajadores por cuenta ajena.

La inclusión y compatibilidad de la condición de socio trabajador con la de administrador pasivo, no retribuido, venía siendo reconocida por la jurisprudencia tradicional, para la que «en las sociedades de trabajadores» cuyo modelo institucional —las llamadas sociedades laborales— admiten naturalmente la compatibilidad de socio trabajador y administrador social, [y en estas sociedades] la asunción de cargos sociales representa más una continuidad de la colaboración que una situación de poder específico frente a los restantes trabajadores (STS de 17 de mayo de 1999, rec. 3046/1998; STS de 14 de octubre de 1998, rec. 4564/1997), teniendo en la condición de socio naturaleza estructural en estas sociedades (STS de 20 de octubre de 1998, rec. 402/1997).

3. Encuadramiento de los socios trabajadores que realicen funciones de administración ejecutiva

Según las reglas comunes sobre extensión del campo de aplicación del Régimen General, se consideran como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean en el control de éstas (art. 305.2.b) TRLGSS), cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma (art. 136.2.b) TRLGSS). Los administradores sociales propios, retribuidos por el

desempeño del cargo, e impropios, no remunerados pero que mantienen también un vínculo laboral concurrente con la sociedad, son asimilados a trabajadores por cuenta ajena y se excluye de su protección el desempleo y la que dispensa el Fondo de Garantía Salarial.

Pues bien, las reglas que en paralelo se establecieron para los administradores sociales ejecutivos en el art. 21.2 LSL fueron calificadas como crípticas, difícilmente inteligibles y hasta desconcertantes (Desdentado Bonete, A. & Desdentado Daroca, E., 2000, pp. 250-251). En el actual art. 136.2.e) LGSS se contemplan los siguientes supuestos:

3.1. Administradores ejecutivos retribuidos por el desempeño del cargo

Los socios trabajadores se asimilan a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, cuando por su condición de administradores sociales realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad siendo retribuidos por el desempeño de este cargo y no posean su control en los términos previstos en el art. 305.2.e) TRLGSS. Por definición, un socio trabajador siempre tendrá una relación laboral con la sociedad, concurrente con la mercantil de administrador. La norma cierra el paso a una inclusión múltiple simultánea en la misma empresa por el ejercicio de ambas funciones; en este caso, da primacía a la relación mercantil de forma que la condición de trabajador por cuenta ajena se ve amortiguada y mutada en mera asimilación a los solos efectos de encuadramiento y protección de la Seguridad Social.

Parece razonable la crítica a las reglas de encuadramiento en base a la retribución del cargo (López Gandía, J., 2007, p. 171), reglas que además son fácilmente sorteables. Se trata, según la doctrina, de legalizar una práctica interna de la Seguridad Social, que denegaba la protección por desempleo a los socios administradores de sociedades laborales (López Gandía, J., 1999, p. 260).

Los socios trabajadores asimilados a trabajadores por cuenta ajena quedan excluidos de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, salvo cuando el número de socios de la sociedad laboral no supere los veinticinco. El desempleo es una contingencia protegida por la Seguridad Social, no así la protección del Fondo de Garantía Salarial (art. 33 TRET) que cumple una función de garantía del pago de salarios e indemnizaciones por despido en caso de insolvencia o concurso del empresario.

La limitación de la protección social de los socios trabajadores que ejerzan funciones de dirección y gerencia los equipara con los administrado-

res de las sociedades de capital, lo cual supone un obstáculo indudable para que los trabajadores acepten el ejercicio de estos cargos. Por ello esta limitación de la protección social no rige en caso de que «el número de socios de la sociedad laboral no supere los veinticinco» (art. 136.2.e) 2º TRLGSS), en cuyo caso podrán causar derecho a la protección social plena. No se precisa qué tipo de socios han de computarse a estos efectos, si solo los socios trabajadores o también los socios de la clase general; pero puesto que la ley no distingue, no debemos distinguir y consecuentemente deben tenerse en cuenta ambos tipos de socios.

3.2. Administradores ejecutivos vinculados simultáneamente a la sociedad mediante una relación laboral especial de alta dirección

Al igual que en el supuesto anterior, procede su inclusión en Seguridad Social sin protección por desempleo ni tampoco la que dispensa el FOGASA. Pero, a diferencia del supuesto anterior, en este caso la inclusión limitada en Seguridad Social no se fundamenta en la remuneración del cargo, sino más bien sería en aplicación de la doctrina del vínculo, de forma que resulta incompatible la relación de alta dirección con la de administración social por el mismo trabajo (Desdentado Bonete, A. & Desdentado Daroca, E., 2000, p. 88). Prima en este caso la relación mercantil sobre la especial de alta dirección.

La razón de la exclusión de la protección por desempleo de los administradores sociales ejecutivos retribuidos radica tanto en la estructura de su relación, como en la propia razón de ser de la prestación por desempleo, puesto que en este caso su remuneración no tiene naturaleza salarial, cuya pérdida es compensada mediante la prestación, etc. (STS de 14 de mayo de 1997, rec. 1143/1996).

Al igual que en el supuesto anterior, también quedan comprendidos en el ámbito protector de la contingencia por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial cuando el número de socios de la sociedad laboral no supere los veinticinco.

3.3. Administradores ejecutivos sin retribución por el desempeño del cargo

Como se ha expuesto, se incluyen como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, sin incluir en la acción protectora la protección por desempleo ni la otorgada por el Fondo de Garantía Salarial salvo que el número de socios sea inferior a veinticinco, los socios trabajadores que realicen

funciones de dirección y gerencia, siendo retribuidos por el desempeño del cargo o cuando estos socios trabajadores sean también administradores sociales con funciones ejecutivas y simultáneamente estén vinculados mediante una relación especial de alta dirección.

Ahora bien, el paralelismo entre las letras e) y c) del art. 136.2 no es total. Como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, los administradores sociales son objeto de asimilación a trabajadores por cuenta ajena en el art. 136.2.c) TRLGSS, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, «siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma». Comparando ambas regulaciones, los administradores sociales con funciones de dirección y gerencia en el seno de sociedades laborales que no perciban retribución por el desempeño del cargo de administrador, sino por su condición de trabajadores por cuenta ajena, tienen derecho a la acción protectora plena del Régimen General, o del especial de que se trate, y por tanto sin exclusión de la protección por desempleo ni de la que dispensa el Fondo de Garantía Salarial. En tal sentido STS de 17 de mayo de 1999, rec. 306/1998), tiene derecho al desempleo un socio trabajador oficial de primera y miembro del consejo de administración y consejero delegado sin retribución; STS de 17 de febrero de 2009, rec. 739/2008, el socio trabajador con categoría de maestro industrial es además consejero delegado sin retribución, tiene derecho a la prestación por desempleo; incomprensiblemente también se aplica esta doctrina a un administrador único de una SL a los efectos de que compute el tiempo durante el cual ejerció tal cargo para incrementar la duración de la protección (STS de 5 de marzo de 2013, rec. 932/2012, aunque no resulta claro si se trata de una sociedad de trabajadores).

La anterior línea jurisprudencial se ha consolidado y no dejan de ser cierta la crítica planteada contra la misma, en el sentido de ser muy formalista, de manera que se deja sin contenido la inclusión limitada con tan solo «desviar» la remuneración como administrador hacia la retribución como trabajador (Limón Luque, M. A., 2004, p. 218). Pero, pese a ello es claro que cuando se trata de socios de sociedades laborales, el apoyo en la literalidad de la ley es rotundo, y siempre cabe identificar y controlar las conductas que supongan fraude de ley.

4. *Encuadramiento de los socios trabajadores en caso de sociedades laborales familiares*

Es trabajo familiar excluido del ámbito del contrato de trabajo el prestado para un empresario persona física, por parte del cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y en su caso por adopción, porque se presume *iuris tantum* la ausencia de un requisito esencial, en este caso de la ajenidad, pero cabe prueba en contrario que demuestre la condición de asalariado (STS 5 noviembre 2008, rec. 1433/2007). La presunción se destruye acreditando la percepción de un salario, en cuantía que exceda del dinero de bolsillo o paga mensual que se proporciona a los hijos dependientes para que atiendan sus pequeños gastos fuera de casa (STS de 13 de junio de 2012, rec. 1628/2011). Por ello, a efectos de encuadramiento en Seguridad Social, el trabajo familiar se presume que no es trabajo por cuenta ajena (art. 12.1 LGSS), por lo que queda comprendido en el ámbito de aplicación del RETA (art. 305.2.k) LGSS).

La regla general en cuanto al encuadramiento en Seguridad Social de los trabajadores que presten servicios para sociedades familiares se encuentra actualmente en el art. 305.2.b) 1º LGSS que establece una presunción de control efectivo de la sociedad, con el consiguiente encuadramiento en el RETA, en caso de que al menos la mitad del capital social de la sociedad para la que el trabajador preste servicios, esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado. Para determinar la existencia de control efectivo se computan todas las participaciones de los socios que sean familiares convivientes, trabajadores o no (González del Rey Rodríguez, I., 2008, p. 141); cuestión distinta es determinar los afectados por la presunción. Aunque según la literalidad de la norma se aplicaría tanto a los miembros del núcleo familiar que sean socios trabajadores como a los trabajadores no socios (basta con que la mitad del capital esté distribuido entre socios, con los que conviva), no parece que el trabajador no socio pueda ejercer ningún tipo de control efectivo de la sociedad (Goerlich Peset, J. M., 2001 p. 282), por lo que debe quedar fuera del ámbito de la presunción. Se trata de una presunción que puede destruirse en los términos establecidos en el art. 386 LEC (STS de 27 julio 2004, rec. 3406/2003 y STS de 26 de julio de 2004, rec. 4816/2003, que considera trabajo familiar el que prestan unos cónyuges, casados en régimen de separación de bienes, para una sociedad en la que un cónyuge es titular de 1 por 100 del capital y el otro de un 49 por 100). En este caso,

a diferencia del trabajo familiar para un empresario persona física, hay norma específica en materia de encuadramiento en Seguridad Social, pero no hay una norma sustantiva laboral equivalente que niegue la calificación laboral a las prestaciones de los socios a favor de una sociedad en la que posean el control efectivo; pese a ello, la doctrina ve como inevitable la aplicación de las reglas sobre el trabajo familiar pensadas para las personas físicas, también al ámbito de las personas jurídicas (Goerlich Peset, J. M., 2001 p. 282); pero en todo caso, la exclusión del ámbito laboral sería consecuencia necesaria de la ausencia de los requisitos de ajenidad y dependencia (González del Rey Rodríguez, I., 2008, p. 140) que según el art. 1.1 ET necesariamente han de concurrir para que una concreta relación de trabajo pueda ser calificada como laboral. En consecuencia, los familiares convivientes y socios que ejerzan el control efectivo de una sociedad estarán encuadrados en el RETA y, a efectos laborales, su trabajo tiene la consideración de autónomo.

Las reglas específicas sobre encuadramiento en la Seguridad Social de los socios de las sociedades laborales familiares inicialmente recogidas en el art. 21.3 LSL, fueron resistemizadas en clave continuista por la DF 27^a bis LGSS de 1994, añadida por la DF 1^a de la LSLP y, finalmente, su contenido recogido en el art. 305.2.e) del vigente TRLGSS de 2015. Establece esta norma que quedarán expresamente comprendidos en el RETA «los socios trabajadores de las sociedades laborales cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado, con los que convivan alcance, al menos, el 50 por ciento, salvo que se acredite que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares».

A estos efectos, para determinar la posición de control se suma tanto la participación en el capital social de los familiares y convivientes que sean socios trabajadores, como de los familiares que sean socios pero no trabajadores (González del Rey Rodríguez, I., 2008, p. 139-140), es decir, que pueden ser propietarios de acciones o participaciones de clase general, solo que sobre los mismos no incide el régimen de encuadramiento. Al igual que en caso de las sociedades de capital, no parece que sobre los trabajadores no socios miembros del mismo grupo familiar deba incidir la regla de encuadramiento; porque estos trabajadores no participan en el capital ni, por ello mismo, pueden participar en el ejercicio de las facultades consustanciales a la posición de control efectivo.

En este caso la norma pretende salvar la continuidad de la sociedad familiar con el carácter de laboral, pese a que técnicamente el vínculo societario absorbe al laboral. Es decir, con carácter general no hay relación en régimen de ajenidad y dependencia para una sociedad de capital en la que el trabajador junto a sus familiares convivientes ejerce el control efectivo, en cuyo caso la relación societaria absorbería la laboral, y esa regla se ha aplicado sin mayores precisiones a las sociedades laborales por la doctrina judicial (vid. SSTSJ Andalucía/granada de 20 marzo y 2 mayo 2013, rec. 239 y 596/2013).

Pero la norma especial del art. 305.2.e) LGSS contempla expresamente la compatibilidad de la relación societaria y la laboral en caso de sociedad laboral sometida al control efectivo familiar; formalmente pervive la relación laboral por cuenta ajena, pero a efectos de posibilitar la pervivencia de la sociedad laboral, de evitar su descalificación, pero no a efectos de encuadramiento de los familiares en seguridad social. Aunque formalmente son trabajadores por cuenta ajena, quedan expresamente comprendidos en el ámbito del RETA como «asimilados a trabajadores por cuenta propia» (Díez Acimas, L. A., 2016, p. 86).

La norma especial en materia de encuadramiento no puede trascender al ámbito contractual, de forma que de la misma no puede deducirse que en caso de que un núcleo familiar controle la mayoría del capital de la sociedad pervivan los elementos básicos delimitadores del contrato de trabajo (ajenidad y dependencia), sino que tan solo tiene como finalidad encuadrar a estos socios trabajadores de la sociedad laboral en el RETA (Valpuesta Gastaminza, E. M. & Barberena Belzunce, I., 1998, p. 254), pero sin descalificar a la sociedad como laboral. Se trata de evitar situaciones de fraude, especialmente respecto a la prestación por desempleo.

La presunción de control efectivo de la sociedad se destruye mediante prueba que acredite que el ejercicio del control efectivo requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares.

Bibliografía

- CABEZA PEREIRO, J. (2014). «El pago único de la prestación por desempleo en el contexto de las políticas de activación». *Revista Derecho de la Seguridad Social*, 1, 231-241.
- CALVO VÉRGEZ, J. (2016). «En defensa de las sociedades laborales: la ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas, y la creación de un nuevo marco jurídico destinado al fortalecimiento de estas entidades», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 5/2016, BIB 2016/21177, p. 1-19.

- DEL REY GUANTER, S. & GALA DURÁN, C. (1999). «El nuevo encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores sociales y socios trabajadores tras la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social». *Relaciones Laborales* Vol. I, 186-245.
- DE LA VILLA GIL, L. E. (1998). «Administradores sociales y Seguridad Social». *Tribuna Social* 88, 15-20.
- DESDENTADO BONETE, A. & DESDENTADO DAROCA, E. (2000). *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores: Calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en la Seguridad Social*. Valladolid: Lex Nova.
- DESDENTADO BONETE, A. & TEJERINA ALONSO, J. I. (2004). *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*. Valladolid: Lex Nova.
- DESDENTADO BONETE, A. (1998). «El encuadramiento en la Seguridad Social de los altos directivos laborales, los administradores sociales y las personas que prestan servicio para sociedades capitalistas. Un examen de la Disposición Adicional 43ª de la Ley 66/1997». *Revista de Derecho Social* 2, 21-45.
- DÍEZ ACIMAS, L. A. (2016). «Régimen jurídico de las Sociedades Laborales y Participadas (Análisis de la Ley 44/2015, de 14 de octubre)», *Deusto Estudios Cooperativos*, núm. 8, pp. 51-96.
- GARCÍA RUIZ, E. (2017). «El régimen societario de las sociedades laborales en la nueva ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas», *Revista de Estudios Cooperativos* (UCM), núm. 123, pp. 4-93.
- GOERLICH PESET, J. M. (2001). «Empresa familiar y Seguridad Social». En AA.VV. (CAMISÓN ZORNOZA, C. y VICIANO PASTOR, J. codirectores). *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar. Un análisis comparado desde la economía y el derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. (2008). *El trabajo asociado: Cooperativas y otras sociedades de trabajo*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- GOÑI SEIN, J. L. (2008). «Exposición y análisis sobre la propuesta de reforma de la ley en los aspectos laborales y de encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social». *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* 19, 291-307.
- LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. (1997). «La calificación "laboral" de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Régimen de su adquisición y pérdida», en AA.VV. *Régimen jurídico de las sociedades laborales (Ley 4/1997)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LIMÓN LUQUE, M. A. (2004). *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- LÓPEZ GANDÍA, J. (1999). «Las sociedades laborales y su encuadramiento en la Seguridad Social». *Actualidad Laboral* 1.
- (2007). *Las sociedades laborales y la aplicación del Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2008). «Las sociedades laborales desde el Derecho del Trabajo. Cuestiones centrales y propuestas de reforma». *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* 19,
- LÓPEZ I MORA, F. (2010). «Las sociedades laborales a reforma». En AA.VV. (BLASCO PELLICER, A. coordinador). *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- LUJÁN ALCARAZ, F. (1997). «Las sociedades laborales: aspectos laborales y de Seguridad Social». En AA.VV. (ALONSO ESPINOSA, F. J. Dirección). *Régimen jurídico de las sociedades laborales (Ley 4/1997)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2006). «La empresa familiar ante el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 10. BIB 2006/1046, 1-8.
- MERCADER UGUINA, J. R. (1999). «Algunas reflexiones sobre el controvertido encuadramiento en la Seguridad Social de los socios de Sociedades Laborales», *Tribuna Social* 97/1999.
- (2006). «La dimensión laboral de las sociedades laborales». En AA.VV. (dir. MORGADO PANADERO, P. y coord. BURGOS ROSADO, L.). *Economía social y cooperativismo*. Valladolid: Lex Nova.
- MERCADER UGUINA, J. R. & PORTELLANO DÍEZ, P. (1997). «La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial», *RL* tomo I/1997.
- NEILA NEILA, J. M. (1998). *Sociedades laborales. Análisis sistemático de la Ley 4/1997, de 24 de marzo*. Madrid: Dykinson.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. M. & BARBERENA BELZUNCE, I. (1998). *Las sociedades laborales. Aspectos societarios, laborales y fiscales*. Pamplona: Aranzadi.

La prevención de riesgos laborales en las sociedades laborales

MANUEL ALEGRE NUENO¹

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València*

SUMARIO: I. EL MARCO NORMATIVO. II. EL DERECHO DE LOS SOCIOS TRABAJADORES A LA PROTECCIÓN EFICAZ DE LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO. III. EL DEBER EMPRESARIAL DE PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS TRABAJADORES FRENTE A LOS RIESGOS LABORALES. 1. Obligaciones de la empresa en materia preventiva. 2. Principios moduladores del deber general de seguridad. IV. LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN LAS SOCIEDADES LABORALES. V. OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN, CONSULTA Y PARTICIPACIÓN DE LOS SOCIOS TRABAJADORES. 1. Obligación de consulta. 2. Obligación de participación. VI. LAS OBLIGACIONES PREVENTIVAS EN LA EXTERNALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DESARROLLADAS EN UN MISMO CENTRO DE TRABAJO. VII. EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA SOBRE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES POR EMPRESARIOS Y TRABAJADORES Y SUS CONSECUENCIAS. 1. La responsabilidad del empresario por incumplimiento de sus obligaciones. 2. Responsabilidad administrativa (arts. 45 LPRL; 11 a 13 LISOS). 2.1. Tipos de infracciones y sanciones. 2.2. Responsabilidad penal. 2.3. Responsabilidad civil. 2.4. Responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de la Seguridad Social. A) El recargo por falta de medidas de seguridad. B) Responsabilidad por falta de reconocimientos médicos. C) Responsabilidad empresarial por no atender el requerimiento de paralización de trabajos. 3. La responsabilidad del socio trabajador por incumplimiento de sus obligaciones preventivas. Bibliografía.

I. EL MARCO NORMATIVO

El marco normativo en materia de prevención de riesgos laborales está integrado, entre otras, por dos normas básicas: la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL) y el Real

¹ Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Economía Social, Auto-gestión y Empleo» (DER2016-78732-R) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

Decreto 39/1997, de 17 de enero por el que se aprobó el Reglamento de los Servicios de Prevención (en adelante RSP).

Con la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales se dio cumplimiento a tres compromisos: por un lado, desarrollar legalmente el mandato contenido en el art. 40.2 de la Constitución española según el cual, «*los poderes públicos velarán por la Seguridad e Higiene*»; por otro, cumplir con los compromisos internacionales adquiridos por el Estado español con la OIT a partir de la ratificación del Convenio núm. 155 de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, y, en último lugar, la necesidad de adecuar la legislación española a las Directivas Comunitarias sobre prevención de riesgos laborales en especial, la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

La LPRL tiene, como señala su Exposición de Motivos, vocación de universalidad pues, persigue «*abordar, de manera global y coherente, el conjunto de problemas derivados de los riesgos relacionados con el trabajo, cualquiera que sea el ámbito en el que el trabajo se preste*». Esa vocación de universalidad se manifiesta en su artículo 3.1 al señalar que «*Esta Ley y sus normas de desarrollo serán de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente Ley o en sus normas de desarrollo*».

En consecuencia, las sociedades laborales y sus trabajadores, sean o no socios, están obligados a cumplir con las normas sobre seguridad y salud laboral. Para este tipo de organizaciones, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no contempla ninguna especialidad, a diferencia de lo previsto para las cooperativas de trabajo asociado, donde dicha norma debe llevarse a cabo «*teniendo en cuenta las especialidades propias de la relación societaria y autogestionada de los socios trabajadores que les vincula con su cooperativa*» (artículo 80.5 Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas). Es decir, para las sociedades laborales no encontramos en la norma destinada a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores una adaptación de sus mandatos, habida cuenta que esta norma toma como presupuesto de hecho la relación laboral que vincula al trabajador por cuenta ajena y al empresario, que es el tipo de relación jurídica que vincula a los socios trabajadores con la sociedad laboral, tal y como se constata en el artículo 1.2 de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas (en lo sucesivo, LSLP).

II. EL DERECHO DE LOS SOCIOS TRABAJADORES A LA PROTECCIÓN EFICAZ DE LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO

El derecho de los trabajadores a la protección de la seguridad y salud en el desarrollo de sus obligaciones laborales en la empresa entronca con la tutela del derecho fundamental a la vida e integridad física y moral, recogido en el artículo 25 de la CE, y del que el trabajador es titular como ciudadano.

La constitución, por otra parte, no se limita a la consagración del derecho sino que, además, en su artículo 40, dirige un mandato a los poderes públicos para que velen por la seguridad e higiene en el trabajo.

En el plano legal, los artículos 4.2,d) y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET) establecen el derecho del trabajador, en la prestación de sus servicios, a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene. Junto a las anteriores normas, la LPRL reitera el derecho de todos los trabajadores a una protección eficaz en esta materia, dotando a dicha protección de un contenido complejo (art. 14 LPRL).

A su vez, el mismo precepto de la LPRL dirige un mandato a los empresarios que se traduce en el principio de eficacia, de acuerdo con el cual, el empresario debe garantizar el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud. La eficacia exige que la actividad preventiva se contemple como un sistema completo, en el que, junto a los derechos y las obligaciones en materia preventiva, el ordenamiento contemple tanto la existencia de unos mecanismos de control de cumplimiento de la normativa como, al mismo tiempo, el cuadro de responsabilidades por los incumplimientos de tal normativa.

Para alcanzar tal eficacia, las normas en materia de prevención configuran con una gran intensidad la protección de la seguridad y la higiene en el trabajo. De dichas normas es posible extraer los siguientes principios, todos ellos con el objetivo de alcanzar la eficacia en la protección:

- * El principio de la protección objetiva (art. 15.4 LPRL): la protección debe dirigirse a evitar que el trabajador sufra daños por la realización de su trabajo, incluso los derivados de distracciones o imprudencias.
- * El principio de la máxima seguridad (art. 15.4 LPRL): de las medidas posibles a adoptar deben elegirse aquellas que garanticen un mayor nivel de protección del trabajador. La única excepción a este principio está representada por el concepto de riesgo tolerado: aquél ni-

vel de riesgo que obligatoriamente debe soportar el trabajador en el ejercicio de su actividad. (El riesgo tolerado nunca podrá constituir una situación de riesgo grave e inminente para los trabajadores).

- * El principio de la norma mínima. La totalidad de las normas que conforman el sistema legal de la prevención de riesgos laborales tienen la consideración de normas imperativas de obligado cumplimiento, si bien de carácter mínimo. Esto quiere decir que los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre empresarios y representantes de los trabajadores únicamente pueden mejorar las disposiciones legales o reglamentarias en materia preventiva; lo mismo cabe decir respecto a los pactos que puedan alcanzar empresario y trabajador en el contrato de trabajo: sólo podrán mejorar las disposiciones legales o lo dispuesto en convenio colectivo en materia de prevención.

Más concretamente, la LPRL reconoce a los trabajadores una serie de derechos, de carácter individual y colectivo, enumerados en su art. 14 y que, simultáneamente, constituyen obligaciones del empresario. Estos derechos son:

- 1) Derecho a recibir información precisa sobre los riesgos de su puesto de trabajo, sobre las medidas de protección y prevención, sobre planes de emergencia, y toda la que quieran procurarles los delegados de prevención.
- 2) Derecho a la formación actualizada en materia preventiva, teórica y práctica, teniendo la consideración de tiempo de trabajo el dedicado a la misma.
- 3) Derecho a ser consultados previamente a la adopción de decisiones en materia de prevención, tanto en referencia al procedimiento de evaluación de riesgos a utilizar en la empresa, como la planificación y organización de la actividad preventiva (introducción de nuevas tecnologías; designación de los trabajadores encargados de las medidas de emergencia, procedimientos para hacer llegar a los trabajadores la información necesaria, organización de la formación, etc.). La consulta deberá practicarse con la debida antelación y preferentemente por escrito.
- 4) Derecho a participar en la prevención de riesgos, realizando propuestas dirigidas a la mejoría de los niveles de protección de la seguridad y salud en la empresa. Esta participación se efectúa bien de manera directa, bien a través de la representación de los trabajadores.

- 5) Derecho de resistencia: interrumpir la actividad y abandonar el trabajo cuando considere que exista un riesgo grave e inminente, sin ser sancionado. El trabajador puede acudir a la Inspección de Trabajo si considera que las medidas preventivas no son suficientes para garantizar la seguridad y salud en el trabajo.
- 6) Derecho a la vigilancia de la salud: periódica, en función de los riesgos inherentes a su puesto de trabajo y a la confidencialidad de la información.

III. EL DEBER EMPRESARIAL DE PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS TRABAJADORES FRENTE A LOS RIESGOS LABORALES

Desde un punto de vista subjetivo, el sistema preventivo se caracteriza por la participación de tres sujetos: trabajadores, administración pública y empresarios. De entre ellos, el primero desempeña, sin duda, el papel de sujeto protegido —sin perjuicio de que asuma ciertas obligaciones y responsabilidades—; el segundo asume la función de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa por parte de los sujetos obligados, así como de sanción en caso de incumplimiento y el tercero, esto es, el empresario, constituye el principal sujeto obligado en materia de prevención, así como el principal sujeto responsable en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Como ya se ha indicado, la LPRL exige a todo empresario un deber de garantizar el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en todos los aspectos relacionados con el trabajo. Con la finalidad de alcanzar este objetivo de seguridad se establece sobre la empresa un deber general de prevención, el cual se traduce en obligaciones genéricas y específicas que deberán cumplirse de acuerdo con los principios de la prevención que enumera el art. 15 LPRL.

El cumplimiento del conjunto de las obligaciones que la ley impone a toda empresa en materia preventiva se denomina acción preventiva en la empresa. Tales obligaciones constituyen el reflejo de los derechos de los trabajadores en materia de seguridad e higiene, reconocidos tanto en la constitución (art 40), como en el ET (art. 19) y la LPRL.

1. Obligaciones de la empresa en materia preventiva

Dentro de las obligaciones empresariales en materia preventiva cabe distinguir una genérica, que se corresponde con el derecho de los traba-

jadores a una protección eficaz de su seguridad y su salud (art. 19 ET); y una serie de obligaciones específicas, que constituyen la concreción de la mencionada obligación genérica.

Respecto a la obligación genérica, la protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo se configura como una obligación del empresario y un derecho del trabajador derivados del contrato de trabajo. La LPRL define una amplia obligación empresarial de «protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales», que se caracteriza por su amplitud e indeterminación, formulando un deber general de prevención cuya regulación se contiene no sólo en la LPRL, sino en numerosas disposiciones especiales.

Por otra parte, la LPRL no establece límites a la obligación empresarial; por este motivo, la segunda característica del deber de prevención es su generalidad: por una parte, se extiende a todos los trabajadores y, de otra, mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias.

En cualquier caso, la obligación genérica se traduce, a grandes rasgos, en dos grandes bloques de obligaciones:

- 1) Disponer de una organización o estructura preventiva en la empresa, esto es, integrar la prevención en la actividad empresarial. Esta obligación lleva implícita la del conocimiento de la actividad productiva que se desarrolla en la empresa (instalaciones, productos, procesos, estructura laboral, etc.).
- 2) Proteger la seguridad y la salud de los trabajadores utilizando la estructura preventiva para elaborar el plan de prevención de riesgos laborales, evaluar los riesgos, planificar la actividad preventiva en la empresa y llevar a cabo un seguimiento de la evolución de la prevención en la empresa.

Por lo que se refiere a las obligaciones específicas, éstas no encuentran regulación en una única norma, sino que, dada la enorme variedad de actividades productivas existentes, se regulan en diferentes normas específicas. En este sentido, la LPRL únicamente proporciona una serie de obligaciones básicas, listado que se amplía con normas específicas e, incluso, con las procedentes del acuerdo entre empresario y trabajadores.

En relación con la normativa prevista en la LPRL y en cumplimiento de su deber de prevención, el empresario está obligado a:

- * Implantar y aplicar un plan de prevención de riesgos laborales, que deberá incluir la estructura, las responsabilidades, las funciones, los procesos y los recursos necesarios para realizar la prevención en la

empresa. La elaboración de dicho plan exige al empresario la práctica de un examen inicial que le proporcione un conocimiento profundo de su propia empresa.

- * Evaluar los riesgos (art. 16 LPRL), como instrumento para la aplicación y gestión del plan de prevención.
- * Proporcionar a los trabajadores equipos de trabajo y medios de protección (art. 17 LPRL).
- * Informar, consultar y permitir la participación de los trabajadores.
- * Suministrar formación a los trabajadores en materia preventiva (art. 19 LPRL).
- * Adoptar las medidas necesarias en caso de emergencia (art. 20 LPRL).
- * Adoptar las medidas necesarias en caso de riesgo grave e inminente (art. 21 LPRL).
- * Garantizar la vigilancia de la salud de los trabajadores (art. 22).
- * Elaborar y conservar la documentación relativa a la materia de prevención a disposición de la autoridad laboral (art. 23).
- * Coordinar las actividades empresariales en supuestos de descentralización productiva (art. 24).
- * Proteger a los trabajadores especialmente sensibles a ciertos riesgos (art. 25), sin distinguir si se trata de fijos o temporales (art. 28).
- * Realizar las actividades de prevención mediante la constitución o concierto de los servicios de prevención (art. 30 y 31).

En cualquier caso, la obligación de seguridad quedará definitivamente configurada a partir de la realidad existente en la actividad empresarial, circunstancia que confiere a la misma una nueva característica, esto es, la de su dinamicidad. La obligación del empresario, por tanto, consiste en desarrollar una actividad preventiva permanente, que permita su adaptación a los cambios de la realidad empresarial.

2. Principios moduladores del deber general de seguridad

El cumplimiento de las obligaciones que forman el deber de prevención, esto es, la actividad preventiva en la empresa, debe hallarse inspirada, a su vez, por los que la LPRL denomina principios básicos de la acción

preventiva. En este sentido, el cumplimiento de la obligación de seguridad debe, en todo caso, procurar la finalidad básica de evitar o eliminar los riesgos, siendo éste el principio básico de la prevención, al que acompañan los siguientes:

- * Evitar los riesgos y evaluar los que no se pueden evitar.
- * Combatir los riesgos en su origen. Es preferible una protección primaria, que ataca el origen del riesgo. Sólo si ello no es posible, se acude a la protección colectiva y, el último caso, a la individual.
- * Adaptar el trabajo a la persona. Lo que obliga a tener en cuenta las capacidades del trabajador al encomendarle una tarea, así como a tener en cuenta la evolución de la técnica.
- * Sustituir lo peligroso por lo que entraña poco o ningún peligro.
- * Planificar la prevención, de acuerdo con el principio de la integración de la seguridad en el conjunto de actividades de la empresa.
- * Dar las debidas instrucciones a los trabajadores.

IV. LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN LAS SOCIEDADES LABORALES

La LPRL impone a todos los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación y, por tanto, también a las sociedades laborales, la obligación de integrar la prevención en el sistema general de gestión de la empresa. Esta obligación debe llevarse a cabo mediante la constitución de una organización que se encargue de la planificación y ejecución de las medidas preventivas. Esa organización debe constituirse con arreglo a alguna de las siguientes modalidades:

- a) Asumiendo personalmente el empresario la actividad preventiva.
- b) Designando a uno o varios trabajadores para que se ocupen de la actividad preventiva.
- c) Constituyendo un servicio de prevención propio.
- d) Recurriendo a un servicio de prevención ajeno.

La elección de una u otra modalidad organizativa no es libre, sino que está condicionada por dos parámetros: el número de trabajadores y la peligrosidad de la actividad desarrollada por la cooperativa.

De las cuatro modalidades enumeradas, la más adecuada para integrar la prevención en el sistema de gestión de las sociedades laborales es constituir un servicio de prevención propio. Sin embargo, este tipo de sociedades siguen optando mayoritariamente por los servicios de prevención ajenos para realizar sus actividades preventivas; ¿a qué se debe esta elección? Las razones que llevan a una sociedad laboral a decantarse por ceder el cumplimiento de sus obligaciones preventivas a una entidad ajena son las siguientes:

1. La percepción, no siempre acertada, de un ahorro de costes si se externaliza la planificación y ejecución de las medidas preventivas. Esta percepción es consecuencia de la falta de una cultura preventiva y de una preocupación focalizada en el cumplimiento de las exigencias documentales que impone la legislación en esta materia.

2. La inexistencia en un alto porcentaje de sociedades laborales de trabajadores con formación especializada en prevención de riesgos laborales, que impide a aquéllas optar por las modalidades organizativas internas o propias (trabajadores designados o servicios de prevención propios).

3. La ausencia de una regulación sobre esta materia en los convenios colectivos de aplicación o en los estatutos sociales.

4. El necesario sometimiento a una auditoría obligatoria del sistema de gestión si se opta por uno interno. La obligación de someter a un examen, por parte de una entidad ajena a la propia cooperativa, el cumplimiento de los mandatos preventivos provoca desconfianzas e inseguridades que hacen a las sociedades laborales decantarse por un servicio de prevención ajeno al que pueden desviar su responsabilidad.

V. OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN, CONSULTA Y PARTICIPACIÓN DE LOS SOCIOS TRABAJADORES

1. Obligación de consulta

La LPRL establece una obligación empresarial de someter a la consulta de los representantes de los trabajadores o, en su defecto, a los propios trabajadores individuales, la adopción de una serie de decisiones relativas a la protección de la salud y a la prevención de los riesgos profesionales en la empresa, que vienen especificadas en el artículo 33.1 LPRL.

Si tenemos presente la compleja realidad de una Sociedad Laboral, donde pueden convivir socios trabajadores y trabajadores asalariados, el

problema radica en cómo cumplir con la obligación empresarial de consulta: ¿será necesario llevar a cabo dos consultas separadas, una para los trabajadores asalariados y otra para los socios trabajadores, o puede llevarse a efecto de forma conjunta? A falta de previsión legal específica, parece necesario, de existir representantes de los trabajadores asalariados, consultarles a ellos y, por lo que respecta a los socios trabajadores, habrá que estar a lo previsto en los Estatutos Sociales. Si, por el contrario, en la sociedad laboral no se han elegido representantes de los trabajadores asalariados, lo más razonable sería llevar a cabo una única y conjunta consulta para todos los trabajadores, asalariados y socios.

2. Obligación de participación

Por otro lado, es obligación de la Sociedad Laboral permitir la participación de sus trabajadores en todas las cuestiones que afecten a la seguridad y salud en el trabajo (art. 18.2 LPRL). Esta participación se concreta en el derecho reconocido legalmente a los trabajadores, de efectuar propuestas relativas a la mejora de los niveles de protección de la seguridad y salud. Las propuestas podrán dirigirse, bien directamente al empresario, bien a través de los representantes de los trabajadores (Comités de empresa, delegados de personal y delegados sindicales) o a través de la representación especializada que prevé la propia LPRL, esto es, los delegados de prevención. Obviamente, el segundo cauce de participación, el de los representantes de los trabajadores, está previsto para los trabajadores asalariados, no para los socios trabajadores que podrán dirigir sus propuestas directamente al órgano de administración de la sociedad (artículo 13.4 Ley 44/2015).

Es precisamente en relación con los representantes de los trabajadores, donde la LPRL ha supuesto una verdadera novedad, al crear la figura de los denominados delegados de prevención, que son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo (artículo 35.1 LPRL). Éstos deben ser designados por y entre los representantes de personal lo cual, significa que, de no existir representantes de los trabajadores tampoco habrá delegados de prevención.

El número de delegados de prevención a designar está en función del número de trabajadores existentes en la empresa o centro de trabajo, según la escala contenida en el artículo 35.2 LPRL. Sin embargo, para las sociedades laborales, la LPRL no contiene una norma específica sobre el modo de computar los dos colectivos que pueden coexistentes en este tipo de organizaciones (socios trabajadores y trabajadores asalariados) a los efectos de determinar el número de delegados de prevención, a diferencia

de lo que sucede con las cooperativas de trabajo asociado para las que sí existe una previsión específica (Disposición Adicional 10ª LPRL), por lo que la designación de los delegados de prevención se realizará conforme a la escala prevista en el artículo 35.2 LPRL.

De conformidad con el citado precepto, el volumen del colectivo de trabajadores asalariados, a estos efectos, viene determinado por los trabajadores fijos de plantilla y por los trabajadores de la sociedad laboral vinculados con un contrato de duración determinada superior a un año.

En cuanto a los asalariados temporales cuyo vínculo con la sociedad laboral sea inferior al término de un año, la LPRL establece el criterio de que éstos computarán en función de la suma de los días trabajados en el período de un año anterior a la designación. Así, cada doscientos días trabajados o fracción se tomará como un trabajador más de la plantilla.

Menos sencillo resulta el cómputo del colectivo de socios trabajadores. A pesar de que la regla general es que los socios trabajadores estén vinculados por una relación indefinida con la sociedad laboral, nada impide que también puedan contar con socios trabajadores con una vinculación temporal.

La consideración que ha de realizarse de estos trabajadores a estos efectos no contiene una regulación legal expresa, por lo que parece razonable realizar una interpretación analógica de las previsiones acerca del cómputo de los trabajadores asalariados y aplicarlas extensivamente a los socios trabajadores.

La previsión contenida en la Disposición Adicional décima resulta llamativa pues, supone el establecimiento de una representación específica de los socios trabajadores, con la finalidad de negociar las materias relacionadas con la seguridad y salud laboral, distinta y ajena a los órganos sociales de la cooperativa. Esta circunstancia es aún más excepcional, en caso de que en la cooperativa convivan socios trabajadores y trabajadores asalariados en cuyo caso, la figura del delegado de prevención, adquiere un cariz más laboral, y menos societario, en la medida en que los delegados de prevención representan a ambos colectivos (socios trabajadores y asalariados). Sin embargo, como se ha dicho, tal previsión no existe para las sociedades laborales, donde también conviven ambos colectivos.

De otra parte, la LPRL no contiene ninguna previsión destinada a regular el procedimiento de designación de los delegados de prevención en las sociedades laborales, a diferencia, también, de lo que sucede en las cooperativas de trabajo asociado que exige una previsión en los estatutos socia-

les o un acuerdo específico adoptado por la asamblea general, cuando la sociedad cooperativa no cuente con trabajadores asalariados (Disposición Adicional 10ª LPRL).

El legislador tampoco ha previsto quiénes pueden ser candidatos a delegados de prevención (sólo los asalariados, sólo los socios trabajadores o ambos colectivos), ni si en caso de elección conjunta ésta debe hacerse en colegios separados o debe seguirse algún sistema de proporcionalidad entre ambos colectivos.

Por tanto, en caso de existencia de representación de los trabajadores asalariados de la sociedad laboral, serán éstos los que ostenten la condición de delegados de prevención. En su defecto, estos representantes deberán ser elegidos conjuntamente por los socios trabajadores y por los trabajadores asalariados conjuntamente, sin que sea necesaria la constitución de colegios electorales diferenciados.

Los delegados de prevención electos en la sociedad laboral, independientemente de la coexistencia o no de socios trabajadores y asalariados, tendrán atribuidas las competencias y garantías previstas en los artículos 36 y 37 LPRL para ellos. De ellas cabe resaltar que el tiempo utilizado por los delegados de prevención para el desempeño de sus funciones, será considerado tiempo de trabajo efectivo y, por tanto, retribuido. Asimismo será obligación de la sociedad laboral proporcionar a los delegados de prevención la formación necesaria en materia de prevención, bien a través de medios propios, bien mediante el concierto con organismos o entidades especializadas en la materia, teniendo el tiempo dedicado a la formación la consideración de tiempo de trabajo a todos los efectos, y sin que su coste pueda recaer sobre los propios delegados de prevención (artículo 37.2 LPRL).

VI. LAS OBLIGACIONES PREVENTIVAS EN LA EXTERNALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DESARROLLADAS EN UN MISMO CENTRO DE TRABAJO

La externalización de actividades es un fenómeno que sigue creciendo y extendiéndose a los distintos sectores de actividad económica. No sólo se contratan o subcontratan servicios auxiliares, como la seguridad, la limpieza y el mantenimiento de las instalaciones o el transporte, sino que también se abre camino en el desarrollo de nuevos productos o proyectos, y no sólo implica a empresas sino también a trabajadores autónomos, dan-

do lugar a nuevas categorías de trabajadores por cuenta propia como los denominados «nómadas del conocimiento» («Knowmad»; Novareck, J. W, 2011).

Dejando a un lado la contratación o subcontratación de actividades que se desarrollan fuera del centro de trabajo del empresario principal o comitente, me centraré en analizar las obligaciones que en materia de seguridad y salud laboral se impone a una sociedad laboral cuando la actividad que ha cedido a un tercero (autónomo o empresa) se ejecuta en sus propias instalaciones.

Esta realidad provoca una fragmentación del proceso productivo, la existencia de interacciones e, incluso, el desarrollo de actividades incompatibilidades entre sí en un mismo centro de trabajo, lo que dificulta la planificación y aplicación de medidas para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores concurrentes.

Al objeto de limitar sino evitar estos perniciosos efectos, el legislador impone a todas las empresas y trabajadores autónomos que concurren en un mismo centro de trabajo una obligación de cooperación, tanto horizontal como vertical, entre ellas. Esta obligación genérica (artículo 24 LPRL) fue dotada de contenido y desarrollada por el RD 171/2004, de 30 de enero, norma que, al mismo tiempo, completa y clarifica las obligaciones previstas en el RD 1627/1997, de 24 de septiembre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.

Tales normas asignan obligaciones de distinta intensidad a los diferentes sujetos concurrentes. Dejando de lado las obligaciones que se imponen a los empresarios concurrentes y al titular del centro de trabajo (ya analizadas en otros trabajos publicados en esta revista), las obligaciones más graves, y cuyo incumplimiento genera unas consecuencias negativas más severas, se imponen al empresario principal a quien se atribuye el deber de vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de los contratistas y subcontratistas. En concreto, las obligaciones que debe cumplir, siempre que la contrata o subcontrata forme parte de su actividad económica principal, son las siguientes:

1. Vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas contratistas o subcontratistas.
2. Antes del inicio de la actividad en su centro de trabajo, el empresario principal exigirá a las empresas contratistas y subcontratistas que le acrediten por escrito que han realizado, para las obras y servicios contratados, la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva.

3. Exigir a las empresas contratistas y subcontratistas empresas que le acrediten por escrito que han cumplido sus obligaciones en materia de información y formación respecto de los trabajadores que vayan a prestar sus servicios en el centro de trabajo.

Todas estas acreditaciones deberán ser exigidas por la empresa contratista, para su entrega al empresario principal, cuando subcontratara con otra empresa la realización de parte de la obra o servicio.

4. Tomar la iniciativa para el establecimiento de los medios de coordinación.
5. Comprobar que las empresas contratistas y subcontratistas concurrentes en su centro de trabajo han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellas.

Pero cuando lo contratado o subcontratado sea parte de la propia actividad y ésta se realice en el centro de trabajo de la empresa principal, a ella también le corresponderá cumplir las siguientes obligaciones respecto a las empresas concurrentes:

1. El empresario titular del centro de trabajo deberá informar a las empresas y a los trabajadores autónomos presentes en el mismo, sobre los riesgos propios del centro que puedan afectar a las actividades desarrolladas por los empresarios concurrentes, de las medidas referidas a la prevención de tales riesgos y de las medidas de emergencia que se deben aplicar.

La información deberá ser suficiente y habrá de proporcionarse antes del inicio de las actividades y cuando se produzca un cambio en los riesgos propios del centro de trabajo que sea relevante a efectos preventivos. Además se facilitará por escrito cuando los riesgos propios del centro de trabajo sean calificados como graves o muy graves.

Las empresas y trabajadores autónomos tendrán en cuenta la información recibida del empresario titular del centro de trabajo en la evaluación de los riesgos y en la planificación de su actividad preventiva.

2. Cuando los trabajadores del empresario titular del centro de trabajo desarrollen actividades en él, además de cumplir la obligación de información anterior, deberá:

- a) Cumplir las mismas obligaciones que el resto de empresarios concurrentes.

- b) Dar al resto de empresas y trabajadores autónomos que desarrollen actividades en el centro de trabajo instrucciones para la prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a sus traba-

jadores y sobre las medidas que deben aplicarse cuando se produzca una situación de emergencia. Estas instrucciones habrán de proporcionarse antes del inicio de las actividades y cuando se produzca un cambio en los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes que sean relevantes a efectos preventivos.

Las instrucciones deberán ser suficientes y adecuadas a los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes y a las medidas para prevenir tales riesgos. Además se facilitará por escrito cuando los riesgos propios del centro de trabajo sean calificados como graves o muy graves.

Las empresas concurrentes en el centro de trabajo deberán comunicar a sus trabajadores las instrucciones recibidas del empresario titular del centro.

c) Tomar la iniciativa para el establecimiento de los medios de coordinación.

En relación con los medios de coordinación, los artículos 13 y ss. del RD 171/2004 contienen la regulación sobre los distintos tipos de medidas y las funciones, en su caso, de la persona designada para coordinar las actividades preventivas.

Por otro lado, se exige el necesario conocimiento por parte de los trabajadores implicados y de los representantes de los trabajadores de qué empresas interactúan con otras en un mismo centro de trabajo. Además, deberán activarse medidas de coordinación entre ellos, antes y durante la prestación de la actividad (artículos 42.3º, 64 y 81 ET).

Aunque, como hemos expuesto, el conjunto de obligaciones en materia de seguridad y salud laboral son distintas para el empresario titular del centro de trabajo y para el empresario principal, lo que permite diferenciar el alcance de las responsabilidades exigibles a uno y otro sujeto, por el incumplimiento de aquéllas. Así, mientras la obligación de vigilancia incumbe solamente al empresario principal, ocurre que cuando se trata de dirimir si puede declararse una responsabilidad solidaria entre todos los empresarios concurrentes en un mismo centro de trabajo, nuestros tribunales imputan responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones preventivas también al empresario titular del centro de trabajo, cuando el accidente de trabajo se haya producido dentro de sus instalaciones pese a que el empresario principal es el único que debería vigilar el cumplimiento de las medidas preventivas por parte de las empresas contratistas y subcontratistas.

De este modo, parece que la concurrencia de la externalización de una parte de la actividad propia, como condición para que pueda extenderse la responsabilidad a la empresa principal por los incumplimientos de las normas sobre seguridad y salud laboral que puedan cometer las empresas contratistas o subcontratistas, ya no es necesaria. Lo relevante es que las actividades externalizadas se desarrollen dentro de su centro de trabajo, resultando indiferente que la actividad de la empresa principal coincida o no con la propia actividad de la empresa contratista. En estos supuestos no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía prevista en el artículo 42 ET, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que presten servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control. Así lo declara el Tribunal Supremo, que en su sentencia de 20 de marzo de 2012 (rec. núm. 1470/2011), manifestó lo siguiente: *«el empresario principal puede ser empresario infractor a los efectos del art. 123 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), si la infracción es imputable a la misma y el accidente se produjo dentro de su esfera de responsabilidad. La obligación específica de vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones del empleador por parte de la empresa principal se da en dos casos: A) actividad (ap. 3 del art. 24 LPRL). B) Cuando las labores se realicen en su centro de trabajo o en un centro sobre el que la principal extiende su esfera de control (aps. 1 y 2 del art. 24 LPRL)».*

VII. EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA SOBRE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES POR EMPRESARIOS Y TRABAJADORES Y SUS CONSECUENCIAS

La existencia de una obligación legal que incumbe al empresario de proteger la seguridad y salud laboral de sus trabajadores, se traduce en la posibilidad de que le puedan ser exigidas una serie de responsabilidades en caso de incumplimiento de las normas en materia preventiva.

El capítulo VII de la LPRL está dedicado a la regulación de las «responsabilidades y sanciones» en materia de prevención de riesgos laborales. Este conjunto de disposiciones constituye la normativa de cierre de las obligaciones impuestas al empresario.

De entre todos los sujetos implicados en las tareas preventivas (Administraciones Públicas, trabajadores, técnicos, etc...) es sobre el empresario en quien recaen las responsabilidades previstas legalmente (arts. 4 y 19 ET y 14 LPRL). El fundamento de esta responsabilidad se encuentra en el

hecho que es el empresario quien genera el potencial riesgo con las actividades desarrolladas en la empresa.

No debe olvidarse, sin embargo, que el empresario puede delegar sus funciones de dirección y gerencia en directivos, mandos intermedios o trabajadores técnicos, que pueden ser corresponsables junto al empresario en caso de incumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales.

1. La responsabilidad del empresario por incumplimiento de sus obligaciones

El conjunto de responsabilidades previsto legalmente para garantizar el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo son las siguientes:

- a) **Responsabilidad empresarial administrativa** por el incumplimiento de las normas en materia de prevención.
- b) **Responsabilidad empresarial penal** por la comisión del delito especial en materia de seguridad y salud.
- c) **Responsabilidad empresarial civil o patrimonial** derivada de los daños y perjuicios que se le pueden causar a un trabajador como consecuencia de la ausencia de medidas de seguridad.
- d) **Responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social** por las prestaciones causadas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Respecto a los sujetos responsables, sólo la responsabilidad en materia de Seguridad Social es exclusiva del empresario, pues el resto (administrativa, civil y penal) puede ser exigida tanto a los servicios de prevención, como a las entidades auditoras o a los trabajadores.

Por otra parte, también los trabajadores pueden ser responsables por los incumplimientos de las obligaciones que la LPRL les impone (art. 29 LPRL). Ahora bien, respecto a los trabajadores no existe una responsabilidad administrativa sino únicamente disciplinaria (el incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud tiene la consideración de incumplimientos laborales a los efectos del art. 58 ET), civil o penal. Esquemáticamente resultaría el siguiente cuadro.

HECHOS	SUJETO RESPONSABLE	RESPONSABILIDAD
Infracciones administrativas	Empresario	Administrativa
Daños	Empresario y cualquier otra persona que trabaje en la empresa	Civil contractual, extracontractual o derivada de delito
Delitos genéricos y específicos	Cualquier persona que trabaje en la empresa	Penal
Infracción normas de Seguridad Social	Empresario	Prestacional de Seguridad Social

Pero junto a las anteriores, también pueden derivarse para el empresario incumplidor de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, otras consecuencias negativas como son:

- a) Las limitaciones para contratar con la Administración Pública.
- b) La suspensión de la actividad o cierre del centro de trabajo.
- c) La paralización de la actividad.

Como se observa, el sistema de responsabilidad es de por sí complicado debido, fundamentalmente, a los siguientes factores: la existencia de distintos ámbitos de responsabilidad; la dispersión normativa; la dificultad de delimitar los ilícitos penales y administrativos, así como las situaciones de concurrencia de empresarios responsables.

2. Responsabilidad administrativa (arts. 45 LPRL; 11 a 13 LISOS)

La responsabilidad administrativa se deriva del incumplimiento de las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud laboral. No se requiere la producción de un daño.

La infracción de las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo no se consideran infracciones administrativas, si bien, su incumplimiento puede determinar responsabilidad en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, en concreto, en la responsabilidad por recargo de las prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo (art. 164 LGSS).

Para que el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales determine la responsabilidad administrativa del sujeto infractor,

se requiere que la acción u omisión, sancionable, se haya producido por culpa, imprudencia o negligencia, incluida la culpa «in vigilando» o «in eligendo».

No todos los incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos constituyen una infracción sancionable administrativamente, sino sólo aquellos que reúnan los siguientes requisitos:

- Que esté tipificado como infracción.
- Que se instruya un expediente sancionador, a propuesta de la ITSS, conforme con la normativa específica prevista en la LISOS.

La exigencia de responsabilidad administrativa lo será sin perjuicio de otro tipo de responsabilidades que puedan concurrir.

Los sujetos responsables de las infracciones administrativas son los siguientes:

- **Empresarios.** El incumplimiento de las obligaciones en materia preventiva por parte de los trabajadores, no eximen de responsabilidad al empresario, quien debe prever las distracciones o imprudencias no temerarias que puedan cometer los trabajadores; sin perjuicio de que se consideren incumplimientos contractuales sancionables por el empresario.

Quedan eximidos de responsabilidad el empleador del servicio de hogar familiar, a quien la LPRL sólo le impone una obligación genérica de cuidar que el trabajo de sus empleados se realice con las debidas condiciones de seguridad e higiene.

- **Entidades que actúan como servicios de prevención, auditorías y entidades formativas ajenas a las empresas**
- **Promotores y propietarios de obras**
- **Trabajadores por cuenta propia**

Por tanto, quedan excluidos de la exigencia de este tipo de responsabilidad los trabajadores por cuenta ajena, el personal directivo de las empresas o los técnicos que presten sus servicios para el empresario responsable.

2.1. Tipos de infracciones y sanciones

Las infracciones se califican en leves (arts. 46 LPRL y 11 LISOS), graves (arts. 47 LPRL y 12 LISOS) y muy graves (arts. 48 LPRL y 13 LISOS)

en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado.

Las infracciones administrativas, tipificadas como leves, graves o muy graves, serán sancionadas tras la instrucción del preceptivo expediente sancionador a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Las sanciones para este tipo de infracciones consisten, como regla general, en multas dinerarias y se gradúan, también, en leves, graves o muy graves. La propia LPRL contiene unos criterios de graduación para las sanciones (art. 49.1 LPRL).

Además de las multas, la LPRL prevé una serie de sanciones accesorias:

- Suspensión de la actividad o cierre del centro de trabajo (art. 53 LPRL). Esta sanción puede tener carácter temporal o definitivo.
- Prohibición temporal de contratar con las Administraciones Públicas (art. 54 LPRL).
- Respecto a los servicios de prevención, entidades auditoras y entidades formativas, se prevé una sanción específica: la pérdida de la acreditación otorgada por la Autoridad Laboral (art. 49.6 LPRL).

2.2. Responsabilidad penal

El art. 42.1 LPRL contempla la responsabilidad penal por incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud laboral. La LPRL no regula directamente esta responsabilidad sino que se remite al Código Penal (CP).

En el CP se encuentran un tipo delictivo específico y otros genéricos. Así, la responsabilidad penal en materia de seguridad y salud de los trabajadores se puede derivar de la comisión de alguno de los siguientes delitos:

a) Delito específico: Delito contra los derechos de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales (arts. 316, 317 y 318 CP). Se trata de un delito omisivo y de riesgo (grave) no de resultado, que está castigado con penas de prisión y multa.

El sujeto responsable del delito puede ser cualquier persona física o jurídica que esté obligada a facilitar los medios adecuados para la seguridad de los trabajadores. Si se trata de una persona jurídica, los responsables serán los administradores o encargados del servicio (art. 318 CP). El delito puede cometerse a título de dolo o de culpa.

La comisión del delito exige que se haya producido una infracción de las normas sobre prevención de riesgos laborales y que se haya producido un riesgo grave para la seguridad y salud de los trabajadores. Su persecución puede producirse de oficio o a instancia de parte.

b) Delitos comunes: Si como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud laboral se han ocasionado daños o lesiones a los trabajadores, se deberá acudir a los tipos delictivos genéricos que atienden al resultado producido (delitos de homicidio (art. 142 CP); delitos o falta de lesiones (arts. 152 y 621 CP). En este tipo de delitos, el sujeto responsable serán todos aquellos que con su conducta dolosa o imprudente contribuyan a causar los daños.

Pareja a las penas derivadas de los delitos señalados, al sujeto condenado se le impondrá la responsabilidad civil subsidiaria derivada del delito o falta que comprende la reparación del daño producido y la indemnización por los perjuicios materiales y morales causados (art. 109 CP).

2.3. Responsabilidad civil

Además de la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito, el perjudicado puede optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.

Con este tipo de responsabilidad se pretende el resarcimiento de los daños y perjuicios que puedan derivarse de los incumplimientos empresariales en materia de prevención de riesgos laborales.

La responsabilidad civil es de dos tipos: contractual (art. 1101 Código Civil) y extracontractual (art. 1902 Código Civil). La responsabilidad contractual surgirá cuando el trabajador sufra un daño como consecuencia del incumplimiento por parte del empresario, por dolo o imprudencia, de sus obligaciones emanadas del contrato de trabajo, entre las que se encuentra la protección de la seguridad y salud del trabajador (art. 4.2, d) ET), o impuestas legalmente (Ley de Prevención de Riesgos Laborales).

Por el contrario, la responsabilidad extracontractual procede cuando los daños causados a los trabajadores se han producido por incumplimientos de personas distintas al empresario, aunque resulte también exigible a éste, cuando los daños los haya producido alguno de sus empleados o por terceros (v.gr. integrantes del servicio de prevención) (arts. 1903 CC y 14.4 LPRL). Se trata, por tanto, de una responsabilidad directa y solidaria.

La responsabilidad civil, contractual y extracontractual, consiste en la imposición de una indemnización de daños y perjuicios cuya cuantía será fijada por el juez en función de la entidad de los daños (personales y materiales) realmente causados, pues no se encuentra legalmente tasada. En la cuantificación de la indemnización, el juez tendrá en cuenta el principio de compensación de culpas en los supuestos en que quede acreditada la concurrencia de culpa por parte del trabajador perjudicado, teniendo en cuenta que en esta materia la responsabilidad empresarial está configurada como una responsabilidad cuasiobjetiva.

Por último, resta por señalar que la responsabilidad por daños es asegurable (art. 15.5 LPRL).

2.4. Responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de la Seguridad Social

La Ley General de Seguridad Social exige del empresario el cumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales, en la medida en que tienen conexión con los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales. Para garantizar ese cumplimiento prevé una responsabilidad específica que incide en las prestaciones que se deriven de los incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Los supuestos de responsabilidades empresariales en materia de prestaciones de la Seguridad Social, son los siguientes:

- a) El recargo por falta de medidas de seguridad.
- b) Responsabilidad por falta de reconocimientos médicos.
- c) Responsabilidad por no atender el requerimiento de paralización de trabajos.

A) El recargo por falta de medidas de seguridad

El recargo de prestaciones económicas por infracción de seguridad en el trabajo es una institución clásica de nuestra legislación de Seguridad Social que actualmente se encuentra regulado en el art. 164 LGSS.

Consiste en un aumento de una 30 a un 50 por 100, según la gravedad de la falta, de todas las prestaciones económicas que tengan su causa en un accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando la lesión se produzca como consecuencia de un incumplimiento o inobservancia de normas o medidas de seguridad y salud en el trabajo.

La responsabilidad del pago del recargo es imputable únicamente al empresario infractor y no podrá ser asegurado.

B) Responsabilidad por falta de reconocimientos médicos

Todas las sociedades laborales que tengan que cubrir puestos de trabajo con riesgo de contraer enfermedades profesionales, deben practicar reconocimientos médicos previos a la admisión de los trabajadores —o socios trabajadores— que hayan de ocupar dichos puestos de trabajo, y a realizar reconocimientos médicos periódicos que para cada tipo de enfermedad resulten exigibles.

El incumplimiento por parte de las empresas de dicha obligación, determinará que sean declaradas responsables directas de todas las prestaciones que traigan su causa de las enfermedades profesionales (artículo 244.2 LGSS).

C) Responsabilidad empresarial por no atender el requerimiento de paralización de trabajos

El incumplimiento por parte de las sociedades laborales de los requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de paralizar los trabajos que no cumplan las normas sobre seguridad y salud laboral e impliquen grave riesgo para los trabajadores que los ejecuten o para terceros (artículos 9, f); 44 y 53 LPRL), se equiparan, respecto a los accidentes de trabajo que puedan producirse, a la falta de formalización de la protección por dicha contingencia de los trabajadores afectados (artículo 242 LGSS).

1. Responsabilidad en materia de prestaciones.

2. Responsabilidad empresarial en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de afiliar, dar de alta y cotizar por los trabajadores.

3. La responsabilidad del socio trabajador por incumplimiento de sus obligaciones preventivas

Como consecuencia del origen fundamentalmente contractual de las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, la LPRL no eleva este incumplimiento a la categoría de los punibles administrativamente, sino que lo residencia en el poder disciplinario del empresario, considerándolo un incumplimiento laboral a los efectos del artículo 58.1 ET. Esto

implica que los socios trabajadores podrán ser sancionados por la sociedad laboral de acuerdo con la graduación de las faltas y sanciones que se establezcan por los estatutos sociales o en el convenio colectivo aplicable.

Bibliografía

- ALEGRE NUENO, M. (2015). «Reparación de daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales». En: *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, n°. 122.
- (2012). «Concurrencia de empresas y coordinación preventiva». En: *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, n°. 95.
- LÓPEZ GANDÍA, J. (2006). *Las sociedades laborales y la aplicación del derecho del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ MORA, F. (1999). «Problemática laboral de los socios trabajadores de las empresas de Economía Social: ¿socios o trabajadores?», En: *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n° 31.
- (1996). «Seguridad y Salud laboral en las empresas de economía social». En: *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n° 8.
- MERCADER UGUINA, J. R. (2006). «La dimensión laboral de las sociedades laborales». En: BURGOS ROSADO, L. y MORGADO PANADERO, P. (dir.) *Economía social y cooperativismo*.

Sindicalismo y participación en las sociedades laborales

AMPARO MERINO SEGOVIA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES LABORALES EN ESPAÑA. EL PAPEL DEL MOVIMIENTO SINDICAL EN EL PROCESO. III. LA RELACIÓN LABORAL DEL SOCIO TRABAJADOR E INSTRUMENTOS PARTICIPATIVOS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA SOCIEDAD LABORAL.

I. INTRODUCCIÓN

Las primeras experiencias mutualistas, asociativas y cooperativas, que germinaron a finales del siglo XVIII y que durante el siglo XIX prosperaron en diversos países del continente europeo, han permitido la conformación, desde un marco histórico, del concepto de «economía social», que, en el momento actual, da cita a variedad de tendencias que trascienden el estricto ámbito de las mutualidades, cooperativas, fundaciones y asociaciones. En España, en la década de los 90 del siglo pasado, la economía social obtiene un reconocimiento expreso de las instituciones públicas, a raíz de la formación del Instituto Nacional de Fomento de la Economía Social —L 31/1990, de 27 de diciembre—, cuyo objetivo principal fue impulsar y promover las entidades de economía social. Tras su desaparición en 1997, sus funciones fueron asumidas por el Fondo Social Europeo y la Dirección General del Fomento de la Economía Social; órgano este último asesor y consultivo para las actividades de economía social, que, desarrollado por RD 219/2001, de 2 de marzo, garantiza la visibilidad del conjunto de entidades que dan cuerpo a la economía social¹; todas ellas imbuidas de unos

¹ En la actualidad, existe variedad de normas sustantivas de las diferentes entidades de la economía social en los ámbitos autonómicos, que han configurado instituciones similares en el seno de las Comunidades Autónomas, que refuerzan la

principios que les dota de un carácter diferencial y singularizado en relación con otras sociedades y entidades de naturaleza mercantil.

La L 5/2011, de 29 de marzo² arma un concepto de economía social a partir de unos principios esenciales:

- Las personas y el fin social deben primar sobre el capital. Es primordial, por tanto, que exista una gestión autónoma, transparente, democrática y participativa, que, frente a las contribuciones al capital social, priorice la toma de decisiones centralizadas en los individuos, garantizando que las aportaciones del trabajo a la sociedad lo son en atención al fin social. De ahí que los resultados obtenidos con la actividad económica deban aplicarse al fin social objeto de la entidad, debiendo asegurarse que las instituciones de economía social actúan y son independientes de los poderes públicos.
- La solidaridad interna que nutre y sustenta a la economía social, pero también la que se proyecta sobre la colectividad, han de ser promovidas en el seno de la entidad, que deberá impulsar iniciativas diversas, tales como el compromiso con el avance local, la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, la cohesión social, la inserción de las personas con riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y la sostenibilidad.

Precisamente porque la sociedad laboral se instala en el territorio de la economía social, ha de procurar ser una empresa que, utilizando el capital como medio, garantice una vida laboral diferente a quienes la integran, así como su continuidad en el tiempo como un proyecto compartido, debiendo ser priorizados entre sus valores internos la transparencia, el compromiso, la cooperación, la confianza y la cohesión social³.

visibilidad institucional de las distintas entidades de la economía social: sociedades cooperativas, en sus distintas modalidades, sociedades laborales, asociaciones, fundaciones y mutualidades, empresas de inserción, centros especiales de empleo, sociedades agrarias de transformación, cofradías de pescadores..., etc.

² Ley de Economía Social, BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2011.

³ «Las sociedades laborales surgen por que las formas societarias existentes en ese momento no permiten organizar el modelo de empresa que representa la sociedad laboral. Esta referencia histórica debe tenerse presente para extraer qué ofrece la ley de sociedades laborales que no permitía ofrecer el estatuto de la sociedad anónima, de la sociedad limitada y de la cooperativa. Por otra parte [...], debemos plantearnos si el modelo de sociedad laboral sigue siendo interesante, y, en segundo lugar, si sigue necesitando de un estatuto jurídico propio o es suficien-

La caracterización de las sociedades laborales —que pueden adoptar la forma de sociedades anónimas o de sociedades de responsabilidad limitada— como empresas de economía social orientadas a fomentar el empleo, facilita su control por los trabajadores socios que prestan servicios en ellas. En este tipo de entidades, cuyo capital social tiene que ser en su mayoría de los trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral de tiempo indefinido, las horas trabajadas al año por los empleados no socios con contrato indefinido no pueden superar el 49 por ciento del cómputo global de las realizadas por el conjunto de los trabajadores socios⁴. Estas sociedades se conciben para crear empleo estable y de calidad, anudando a ellas las oportunidades que reportan las capacidades para combinar trabajo, gestión y propiedad⁵.

La sociedad laboral es una empresa participada por los trabajadores en el capital, cuyas singularidades y peculiaridades han justificado la puesta en funcionamiento de una ley específica capaz de implementar un conjunto de exigencias; entre ellas, que la mayoría del capital social sea propiedad de los asalariados que prestan servicios retribuidos en ella con relación laboral de carácter indefinido. Por ser una empresa social, el patrimonio siempre estará al servicio de los socios, presentes y futuros; de ahí que su objetivo principal sea posibilitar un proyecto de vida laboral que se aparte del convencional, no especulativo y en régimen de cooperación.

La contribución sindical en la conformación de los primeros proyectos, que, a la postre, posibilitaron el nacimiento de la sociedad laboral, ha permitido que los trabajadores tuvieran un futuro profesional, dando forma a un modelo de empresa otrora desconocido. Sin negar el protagonismo inicial del movimiento sindical, se ha considerado, sin embargo, que su intervención actual, diseñada en lo esencial para hacer frente al capital, no encaja bien en este tipo de empresas participadas. Se estima que la organización sindical nace para superar unas relaciones laborales basadas en la confrontación y en la oposición entre la propiedad y la fuerza de trabajo,

te con la ley de sociedades de capital o la ley de cooperativas para organizar un modelo de empresa como la actual sociedad laboral», Fajardo García, G., «Gobernanza y legislación», III Congreso de ASLE, *Tiempo de crisis, tiempo de oportunidades. La sociedad laboral del siglo XXI*, Bilbao, 2012, p. 118.

⁴ Para el cálculo de este límite, no computará el trabajo realizado por los trabajadores con discapacidad de cualquier clase en grado igual o superior al treinta y tres por ciento, L 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas.

⁵ Millana Sansaturio, M., «Las sociedades laborales, como realidad empresarial de la economía social en España», *Estudios de Juventud*, núm. 51, 2000, p. 57.

y se propone entonces un nuevo arquetipo participativo que, distanciado del conflicto, recoja las singularidades de las entidades que dan vida a la economía social.

Se ha afirmado que en la sociedad laboral la superación de un clima de confrontación social viene marcada por un estado de cooperación perpetua, orientado a la búsqueda de un interés común: el bienestar de todos los trabajadores de la entidad. Existen voces que sostienen que la autorregulación debe desplazar al conflicto social, y se aboga por un modelo participativo donde la negociación colectiva y el convenio de empresa adquieran protagonismo en las sociedades laborales, como fórmula de refuerzo de su capacidad de autorregulación, evitando así el sometimiento a una normativa convencional sectorial que se interpreta rígida, encorsetada y con escasas posibilidades de adaptación a la situación real de la sociedad laboral.

Esta percepción es reacia a admitir que la sociedad laboral, como empresa de capital, está sometida a las mismas condiciones laborales, contractuales y de negociación colectiva que la empresa convencional, y se manifiesta contraria a la institucionalización en su seno de canales representativos de los trabajadores, que, ajustados al modelo dual instaurado en la normativa laboral —representaciones sindicales y representaciones electivas—, actúen como contraparte en los procesos de negociación⁶. Esta opción que, sin negar que el proceso de transformación de muchas empresas en sociedades laborales fue a la sazón auspiciado y liderado por organizaciones sindicales, considera hoy que los intereses de la sociedad laboral y los sindicatos no son coincidentes, e incluso pueden alcanzar sendas divergentes. La baja afiliación sindical en la sociedad laboral se explica entonces por una percepción errada de la realidad empresarial por parte de un sindicato que no parece hacer distinguos entre la sociedad laboral y la empresa capitalista convencional.

A partir de estas consideraciones generales, se plantean algunas incógnitas que aconsejan reflexionar sobre el modelo participativo que resulta más beneficioso y eficaz en sociedades de esta naturaleza. Considerando que la sociedad laboral hunde sus raíces en la economía social, parece obligado analizar si, en verdad, es un contrasentido la presencia sindical, y si es contradictorio que este tipo de sociedad mercantil canalice los intereses de

⁶ La paz social constituye uno de los emblemas de las sociedades laborales, de las que se afirma que son empresas «que han sabido resolver los conflictos internos en silencio, siendo ejemplo de paz social en un contexto en el que la violencia y el enfrentamiento entre partes lo envolvían todo», III Congreso de ASLE, *Tiempo de crisis, tiempo de oportunidades. La sociedad laboral del siglo XXI*, Bilbao, 2012, p. 13.

sus trabajadores a través de las representaciones colectivas previstas en la normativa laboral común. Dicho en otros términos, en un territorio donde los asalariados son gestores, empleados y propietarios de su empresa, ¿es concebible que una parte se defienda de la otra, cuando en una misma persona concurre la doble condición de socio y trabajador?⁷

II. EVOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES LABORALES EN ESPAÑA. EL PAPEL DEL MOVIMIENTO SINDICAL EN EL PROCESO

La crisis económica que asoló el país en la década de los años 70 del siglo pasado, dos de cuyas principales causas se han centralizado en la crisis del petróleo de 1973 y en la situación de inestabilidad política en que se encontraba España durante el proceso de transición hacia la democracia, se hace coincidir con el nacimiento de las sociedades laborales⁸. Las razones parecen convincentes: toda crisis económica viene acompañada de una crisis empresarial que finalmente se proyecta sobre el empleo y su destrucción, aniquilando las oportunidades de acceder a puestos de trabajo estables y de calidad, y creando estados de necesidad ante la perspectiva de un desempleo inminente⁹. Las medidas que en aquel entonces se lanzaron desde el gobierno, vehiculadas a través del Fondo Nacional de Protección al Trabajo¹⁰, no dieron los frutos deseados —no al menos en su plenitud—, y gestaron un movimiento social donde los trabajadores, apoyados por las organizaciones sindicales —«que dejaron la iniciativa a los dirigentes sindicales de las empresas»—¹¹ e incentivados con ayudas públicas, no se resignaron al masivo cierre de empresas, optando finalmente por la adquisición de sus activos

⁷ La L 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1997), define las sociedades laborales como aquellas «sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que la mayoría del capital social sea propiedad de los trabajadores que prestan en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido».

⁸ Véase AA.VV., *Tiempo de crisis, tiempo de oportunidades. La sociedad laboral del Siglo XXI*, ASLE Sociedades Laborales de Euskadi, 2012, p. 24.

⁹ A diferencia de la crisis actual, en la crisis de los 70 no desapareció la demanda de bienes y servicios, pero sí hubo que ajustar la oferta. «Los procesos de reestructuración fueron la solución al momento, pero con empresas que se endeudaron sin límite para poder llevarlas a efecto», AA.VV., *Tiempo de crisis...*, op. cit., p. 24.

¹⁰ Organismo del Ministerio de Trabajo, creado en virtud de la L 45/1960, de 21 de julio, por el que se dieron vida a los denominados Fondos Nacionales para la Aplicación Social del Impuesto y el Ahorro.

¹¹ AA.VV., *Tiempo de crisis...*, op. cit., p. 24.

para emprender una nueva senda hacia la modernización. Surgen entonces las primeras sociedades laborales, que, desviadas en sus inicios de los principios participativos y autogestionarios que hoy las definen, son concebidas como una necesidad capaz de dar respuesta con carácter de urgencia a la demolición de puestos de trabajo que a la sazón provocó la crisis industrial. Las sociedades laborales configuran entonces nuevos yacimientos de empleo que fomentan la participación de los trabajadores en la empresa. En ellas los dirigentes sindicales de cada empresa asumirán el liderazgo y marcarán el curso a seguir en este proceso de cambio. La colaboración sindical fue, pues, decisiva en la conformación de las primeras sociedades laborales, en su afán por garantizar un futuro laboral, que pudo lograrse con la asunción de una forma de empresa antes inexplorada.

La sociedad laboral es, en consecuencia, fruto de la organización colectiva de muchos trabajadores que, en un contexto de crisis general, fueron expulsados del mercado laboral, y que con su patrimonio personal, pero también con recursos públicos obtenidos en virtud de derechos adquiridos —indemnizaciones por despido, pago único de las prestaciones por desempleo y ayudas financieras para el fomento del empleo—, toman la decisión de emprender la actividad empresarial bajo otra figura jurídica, que con el tiempo ha ido evolucionando hacia una empresa alternativa autogestionada —gestión participada de los trabajadores— que la aleja de sus rasgos originarios, asociados en el pasado a la crisis económica y empresarial de los años 70 del siglo XX¹². En efecto, la sociedad laboral gestada en el seno de una situación crítica para la economía y el empleo ha sobrevivido y se ha mantenido en el tiempo, consolidándose en situaciones de recuperación y estabilidad económicas, con un perfil y unos rasgos propios que difieren en parte de los de quienes la precedieron.

La L 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales regula por vez primera en nuestro país esta figura jurídica, denominada en sus inicios sociedad anónima laboral. Once años más tarde verá la luz la L 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales¹³ —hoy sustituida por la L 44/2015—, que reorganiza su régimen jurídico, introduciendo como novedad la sociedad limitada laboral, por estimarse que es la que mejor se adecúa a un tejido empresarial dominado por empresas de mediana y pequeña dimensión, al ser su régimen jurídico menos rígido y más accesible

¹² Millana Sansaturio, M., «Las sociedades laborales...», op. cit., p. 57.

¹³ En lo no dispuesto por la L 4/1997, habrá de estarse a la legislación de las sociedades de capital.

su acceso¹⁴. Esta forma de empresa ha resultado muy atractiva por la combinación en ella de un modelo participativo de los trabajadores con políticas de apoyo a la integración a través de medidas financieras, subvenciones y un sistema de pago único del desempleo, que, a la postre, han hecho emerger un terreno propio para el desarrollo y progresión de un sector empresarial, cuyas señas de identidad son la participación y la autogestión.

En este proceso, presidido en sus orígenes por una crisis económica de envergadura y con fuerte proyección industrial, que debía ser combatida desde diversos frentes, el movimiento sindical ha desempeñado un papel crucial y determinante, liderando el proceso de toma por los trabajadores de los activos empresariales. Los asalariados más afectados, ante el riesgo de perder sus puestos de trabajo, confiaron en los dirigentes sindicales y tomaron conciencia de la conveniencia de canalizar el proceso y aunar esfuerzos para dar respuesta a problemas comunes a través de instancias colectivas representativas de los intereses de la clase trabajadora.

Con el paso del tiempo, las sociedades laborales y sus organizaciones representativas repararon en que las reglas de juego de la empresa capitalista tradicional no eran exportables a este modelo de empresa donde el trabajador y el propietario de la entidad concurren en la misma persona. No se ha avanzado, sin embargo, hacia un modelo de participación sindical diferente del convencional para este tipo de empresas, que tome en consideración las especialidades que deben presidir la defensa de los intereses de los trabajadores, y que sea fruto de una reflexión acerca del papel que el sindicato debe jugar en la sociedad laboral, quizá más complementario y vinculado a su compromiso con la estrategia de la empresa.

Tras la aprobación de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales, el movimiento sindical se concentró en este ámbito en las dos grandes centrales sindicales del país, CCOO y UGT, que, además de promotoras de las primeras empresas laborales, orientaron y prestaron asistencia técnica a los trabajadores que se transformaron colectivamente en empresarios¹⁵. Más adelante, se fueron desarrollando estructuras asociativas empresariales que han asumido las tareas desarrolladas inicial y directamente por el movimiento sindical.

¹⁴ En la actualidad, las sociedades laborales pueden adoptar dos formas jurídicas: sociedad anónima laboral y sociedad limitada laboral; esta última es la forma jurídica más empleada por emprendedores en el ámbito de la economía social, Millana Sansaturio, M., «Las sociedades laborales...», op. cit., p. 57.

¹⁵ Millana Sansaturio, M., «Las sociedades laborales...», op. cit., p. 59.

Estas asociaciones y federaciones fueron constituidas con el propósito declarado de dar vida a un modelo asociativo empresarial que, desprovisto de ánimo de lucro, fuera capaz de agrupar al sector de la economía autogestionada. Con esta fórmula se pretendía promover, extender y representar ante la administración este nuevo arquetipo empresarial, dando respuesta a los problemas comunes de las empresas y de sus socios. En la actualidad, CONFESAL se ha convertido en la organización empresarial representativa de las sociedades laborales en España, y colabora con las organizaciones sindicales y el gobierno como interlocutor institucional¹⁶.

La participación de los trabajadores en la empresa y la reconversión de empresas en crisis en sociedades laborales han provocado movimientos de cooperación entre CONFESAL y las Centrales Sindicales CC.OO. y UGT, que el 17 de marzo de 2014 cristalizaron en un acuerdo de colaboración cuyo objetivo es ensalzar la sociedad laboral como fórmula capaz de generar empleo. En un contexto socio-económico como el actual, donde la desorbitada destrucción del tejido productivo y de puestos de trabajo se ha hecho sentir con mayor intensidad en las entidades empresariales convencionales, se considera que el mantenimiento y viabilidad de las empresas en los procesos de reconversión productiva, pasa en muchas ocasiones por la creación de sociedades laborales.

La crisis económica y financiera vigente ha transformado las claves del mundo, afectando como nunca al consumo, y con consecuencias devastadoras sobre el empleo y muchas pequeñas empresas de todos los sectores de actividad productiva, que se han visto abocadas al cierre. Si la sociedad laboral fue concebida, en sus orígenes, como una respuesta a la crisis de los años 70 del siglo pasado, no se puede decir lo mismo en la actualidad. Los efectos de la crisis del nuevo milenio y la pérdida del mercado en sus componentes básicos, dan escaso margen a la activación de nuevas alternativas.

¹⁶ CONFESAL, Confederación Empresarial de Sociedades Laborales, formada el 04-07-1987, congrega asociaciones, federaciones y agrupaciones de sociedades laborales de toda España. Como organización sin ánimo de lucro, se financia a través de las cuotas de sus asociados y de las subvenciones que recibe de los diferentes organismos. Es la única organización representativa en el ámbito estatal de las sociedades laborales, reconocida en Europa y a nivel internacional. «Colabora con el Gobierno en las políticas de fomento del empleo y la formación de desempleados y trabajadores en activo, así como en los programas de mejora de la competitividad de las empresas. Su papel de interlocutor institucional se ha demostrado eficaz, manteniendo acuerdos de colaboración con las centrales sindicales mayoritarias, estando presente en las instituciones del Estado». Véase la página web de CONFESAL (<http://www.confesal.com/home/index.php/confesal.html>).

La sociedad laboral debe, si quiere sobrevivir en condiciones razonables, dotarse de una cultura e ideología propias, que permitan a sus miembros formar parte de un grupo con una acción común, capaz de hacer frente a las tendencias dominantes que promueven el crecimiento y el éxito individual por encima de lo colectivo, y de conformar un modelo con una opción de vida laboral diferente y con una manera distinta de hacer empresa¹⁷. En este logro, las formas de gestión y las dinámicas internas deben separarse de las de la empresa capitalista convencional, y crear una cultura que, basada en estrategias de participación y cooperación, permita la supervivencia del proyecto empresarial y la sostenibilidad de los niveles de bienestar.

Con la L 44/2015, de sociedades laborales y participadas, se ha pretendido —al menos así lo proclama su EEMM entre de sus objetivos prioritarios—, impulsar las sociedades laborales en su condición de empresas participadas por los socios trabajadores y abiertas a la integración también como socios del resto de los trabajadores que prestan servicios en ellas. Asimismo, busca reforzar, poniendo en valor sus singularidades, la naturaleza, función y caracterización de estas organizaciones como entidades de economía social. Con este fin, su régimen jurídico fomenta la participación de los trabajadores en la empresa, facilitando su acceso a la condición de socios, e instaura nuevas medidas de control de la sociedad por parte de los trabajadores. En esta construcción, la ley obvia, no obstante, cualquier referencia a las instancias colectivas de representación y a la acción sindical, llevando la colaboración e intervención al territorio individual de la participación en el capital y en los resultados de la sociedad, así como en la toma de decisiones, mediante el ejercicio de los derechos de voto, principalmente. Su única referencia al ámbito colectivo de representación se recoge en la disposición adicional segunda, que, rubricada *Derecho de asociación*, reconoce a las sociedades laborales el derecho a organizarse en asociaciones o agrupaciones específicas, de conformidad con la L 18/1977, reguladora del derecho de asociación sindical, a los efectos de ostentar

¹⁷ De hecho, si observamos la evolución de las sociedades laborales registradas en el periodo 2000-2013, podremos comprobar que se ha producido un descenso vertiginoso con la crisis actual: año 2000, 4851 sociedades laborales registradas; año 2002, 6013 sociedades laborales; año 2004, 4249 sociedades laborales; año 2006, 2368 sociedades laborales; año 2007, 2341 sociedades laborales; año 2008, 1514 sociedades laborales; año 2009, 1225 sociedades laborales; año 2010, 1252 sociedades laborales; año 2011, 1145 sociedades laborales; año 2012, 1006 sociedades laborales, y; año 2013, 892 sociedades laborales. Fuente: Ministerio de Empleo y de la Seguridad Social. Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social Empresarial.

la representación «ante las administraciones públicas y en defensa de sus intereses, así como para organizar servicios de asesoramiento, formación, asistencia jurídica o técnica y cuantos sean convenientes a los intereses de sus socios».

III. LA RELACIÓN LABORAL DEL SOCIO TRABAJADOR E INSTRUMENTOS PARTICIPATIVOS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA SOCIEDAD LABORAL

En la empresa laboral se dan cita socios y trabajadores. Con frecuencia, la entidad marca diferencias entre unos y otros ya desde el momento mismo de su constitución. Formada inicial y esencialmente por trabajadores que participan en el capital social, la sociedad laboral da apertura a nuevos asalariados que no ostentan la condición de socios. Todos los trabajadores, sean socios o no, contribuyen a que la sociedad laboral obtenga unos resultados, y en razón a ello son acreedores de un salario y unos beneficios sociales determinados. Los socios, además, obtienen otras ventajas, tantas y tan amplias como la empresa determine y pueda afrontar, y participan, a diferencia de quienes no son socios, en los órganos de administración de la entidad. Debe recordarse, no obstante, que la sociedad laboral es al día de hoy una empresa participada por sus trabajadores, pero no es en la práctica, como sería deseable, una empresa «propiedad de sus trabajadores»¹⁸. Es, en otras palabras, «una sociedad mercantil y capitalista, controlada por sus trabajadores», donde los derechos políticos y económicos de los socios «se ejercitan en proporción al capital asociado aportado por cada uno»¹⁹. Es este un elemento central en el debate, que obliga a reflexionar sobre el alcance de los derechos colectivos de quienes, además de prestar su fuerza de trabajo para el progreso de la sociedad, detentan la condición de socios; en suma, si sus derechos de participación deben ser o no equiparables a los de representación y acción colectiva de los asalariados que no participan en el capital social de la empresa.

Muchas voces abogan por que la sociedad laboral sea un modelo de empresa con unas relaciones laborales que no estén basadas en la confrontación de la propiedad y la fuerza de trabajo, una y otra portadoras de intereses contradictorios en la empresa capitalista convencional. Se afirma

¹⁸ Calvo Ortega, R., «La visión sobre el futuro de la sociedad laboral», III Congreso de ASLE, *Tiempo de crisis, tiempo de oportunidades. La sociedad laboral del siglo XXI*, Bilbao, 2012, p. 99.

¹⁹ Fajardo García, G., «Sociedad laboral...», op. cit., pp. 121-122.

que en este modelo de empresa el conflicto social debe ser reemplazado por un proyecto de cooperación, orientado a la consecución del interés común y del bienestar de todos los trabajadores. El elemento vertebrador de las relaciones laborales en la sociedad ha de ser, según esta percepción, la capacidad de autorregulación, especialmente en aquellas entidades en las que la totalidad de trabajadores han adquirido la condición de socios. La flexibilidad es compañera de viaje de esta orientación, que apuesta por unos ámbitos —laboral y salarial— flexibles, no sujetos a convenios colectivos de obligado cumplimiento.

Esta capacidad autorregulativa, que se propugna para la sociedad laboral, pero también para la empresa mercantil convencional, se ha visto reforzada por las últimas reformas laborales, que apuntan un cambio de tendencia que ha transformado el modelo de negociación colectiva hasta entonces vigente. En 2012, el legislador consiguió reorientar la flexibilidad interna hacia espacios de unilateralidad antes inexplorados, con nuevos procesos que facilitan alteraciones en las condiciones de trabajo. La flexibilidad, que expresa «una contundente opción de política de derecho [...], al servicio de los intereses empresariales»²⁰, hace que el espacio natural para la toma de decisiones sea la empresa. La rama y el sector, dominantes en el sistema español de negociación colectiva²¹, son considerados un elemento de rigidez que difícilmente puede adaptarse a las nuevas circunstancias de la producción. El sindicato es visto como un instrumento más, que debe facilitar la «gobernanza en la empresa» y configurar la negociación en este ámbito «de manera unívoca, como técnica al servicio exclusivo de la gestión flexible de la fuerza de trabajo»²².

Esta orientación, ya emprendida en 2010, y consolidada con la L 3/2012, hace que los procesos de negociación colectiva se desenvuelvan hoy en un escenario que merma su capacidad de resistencia frente a eventuales intentos de desregulación, y cuestiona la eficiencia del sistema convencional vigente. Porque una organización económica con estructuras representativas

²⁰ Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Valdés Dal-Ré, F., «La nueva reforma laboral», *RL* n° 5, 2012.

²¹ Baylos Grau, A., «Movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma del 2010», *www.diariolaley*, 14 de octubre de 2010, pp. 24 ss.

²² AA.VV. (coord. Benito Valenciano, R.), *El sindicalismo para el futuro. Reflexiones sobre el trabajo y el cambio social*, Fundación 1º de Mayo, Madrid, 2012, p. 244.

débiles o inexistentes, con predominio del minifundismo empresarial²³, acrecienta los riesgos de descolectivización de las condiciones de trabajo, cuando se selecciona la empresa como centro de imputación normativa.

No dista en este punto la sociedad laboral de la empresa capitalista al uso, vistas ambas por determinados sectores de opinión como el espacio natural e idóneo en el que centralizar la toma de decisiones. Las últimas reformas legales han sido aplaudidas por quienes entienden conveniente revitalizar el convenio de empresa; una buena oportunidad, se dice, para reforzar la capacidad autorregulativa en sociedades, como la laboral, ejemplo de paz social, donde los conflictos se remedian internamente sin necesidad de trasladar al espacio político, económico o institucional las responsabilidades y los mecanismos para la resolución de discrepancias.

Esta perspectiva desatiende, no obstante, el papel fundamental que ha desempeñado en nuestro país la negociación colectiva sectorial, como herramienta uniformadora de condiciones de trabajo, que a lo largo del tiempo ha garantizado una adecuada moderación salarial y la existencia de una baja conflictividad laboral, y ha proporcionado a los asalariados una elevada cobertura convencional, actuando como elemento integrador de condiciones de trabajo no reguladas legalmente —salarios, tiempo de trabajo, clasificación profesional..., etc.—.

Que las sociedades laborales continúen regulando las condiciones de trabajo de sus asalariados —socios o no— a través de convenios colectivos sectoriales no parece un desacierto, por mucho que se sostenga que en su configuración actual este espacio permanece presidido por una rigidez que niega toda posibilidad de adaptación a la situación real de cada empresa. Ciertamente, la negociación sectorial debe dar apertura al cambio, y permitir ajustes en aquellas condiciones de trabajo que, por su proximidad a la realidad empresarial, así lo demanden, garantizando la uniformidad en aquellas otras materias que lo requieran y dotando a los trabajadores del sector de una cobertura que difícilmente reportan los convenios de empresa.

Es necesario redefinir y crear nuevos ámbitos funcionales de contratación, que lejos de desautorizar al convenio sectorial, permitan ajustar la negociación colectiva a las necesidades productivas y organizativas de cada

²³ Esta situación produce cierta dispersión desde la perspectiva de los trabajadores y sus mecanismos de representación, teniendo en cuenta que el 41% presta servicios en empresas de 250 o más trabajadores. En torno al 38% lo hace en pymes y alrededor del 21% en microempresas con plantillas con menos de 10 asalariados.

unidad de producción. En este proceso la sociedad laboral tiene cabida; encaja perfectamente en un diseño que, siendo común y uniforme para todos los trabajadores del sector, no desacredite ni obstaculice decisiones que, habida cuenta de su singularidad y especialidad, deban ser tomadas y autorreguladas en el seno de la entidad laboral.

En esta reordenación de espacios funcionales, la estructura de la negociación colectiva debe integrar nuevas unidades de contratación que agrupen a un conjunto de sociedades laborales, y que aporten criterios comunes adaptados a esta forma de organización de la producción, proporcionando un suelo mínimo y común de contenidos materiales para todas las sociedades laborales incluidas en su ámbito de aplicación.

No parece apropiado, sin embargo, que, aprovechando el mayor espacio que las reformas laborales han concedido al ámbito de la empresa, se plantee una utilización intensa e incontinuada del convenio de empresa por las sociedades laborales, como instrumento exclusivo y excluyente de autorregulación, ni que se proponga como contenidos objeto de ordenación única en este ámbito materias que, siendo básicas en la conformación de la relación laboral, demandan cierta uniformidad: estructura retributiva, salario base convenio, jornada, horas extraordinarias, movilidad geográfica y funcional y promoción profesional, etc.

En la práctica, la condición de socio hace que existan diferencias entre unos y otros trabajadores, y determina que el comportamiento de quien participa en el capital social pueda ser distinto al del trabajador no socio, al menos en las empresas en las que, por su pequeña dimensión, el sentido de pertenencia de los socios no se ve desdibujado o atenuado. Debe plantearse, por tanto, si esta diferenciación ha de tener alguna consecuencia legal —no solo práctica— en relación con los derechos de sindicación de los socios trabajadores. No se cuestionan, sin embargo, los derechos colectivos de los no socios, que gozan de plenitud.

Según la vigente ley de sociedades laborales y participadas, este tipo de entidades se caracteriza por que la mayoría del capital social pertenece a los trabajadores que prestan en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido. Los socios trabajadores detentan, pues, la condición de trabajadores por cuenta ajena, quedando vinculados a la sociedad, no solo de manera societaria, sino también laboralmente a través de un contrato de trabajo, con sometimiento a las normas jurídicas que regulan el trabajo asalariado. El art. 1 de la L 44/2015 define al socio trabajador como trabajador que presta sus servicios retribuidos de forma personal y directa, y cuya relación laboral lo es

por tiempo indefinido²⁴. El socio trabajador está vinculado, por tanto, con la sociedad a través de una relación laboral; a partir de un determinado momento, cuando adquiere acciones o participaciones, asume, asimismo, la condición de socio, coexistiendo «una relación societaria regida por sus Estatutos [...] y la Ley de Sociedades Laborales», con una relación laboral sometida a lo establecido en la normativa laboral estatal, en el convenio colectivo de aplicación y en el contrato de trabajo²⁵.

En consecuencia, al socio trabajador le es de plena aplicación la normativa reguladora de cada una de las dos condiciones que detenta; su relación laboral hace que le sean reconocidos los derechos de sindicación y negociación colectiva, sin matices ni restricciones. Desde la óptica legal, el socio trabajador es igual, en cuanto a derechos colectivos laborales se refiere, a un trabajador no socio. Reguladas sus relaciones de trabajo por la normativa laboral común, lo socios detentan, asimismo, capacidad para deliberar y tomar decisiones en la junta general, así como para nombrar o separar de la sociedad a los administradores. «Por tanto, no deben ser considerados como meros trabajadores, ya que su condición de socios de la sociedad les abre cauces propios para la toma de decisiones que afecten a sus intereses y derechos»²⁶.

No existen razones para excluir a los trabajadores que participan en el capital social de los derechos colectivos y sindicales que la legislación laboral reconoce al común de los asalariados; tampoco parece que su condición de socios deba ser un elemento determinante para justificar unos órganos de representación colectiva distintos de los previstos en el ET y la

²⁴ Además, en el ámbito de la Seguridad Social, y según dicta la disposición final primera L 44/2015, «los socios trabajadores de las sociedades laborales, cuya participación en el capital social se ajuste a lo establecido en el artículo 1.2.b) de la Ley de Sociedades Laborales y Participadas y no posean el control de la sociedad en los términos previstos por la disposición adicional vigésima séptima bis de esta ley, se integrarán como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, salvo que el número de socios de la sociedad laboral no supere los 25, cuando por su condición de administradores sociales realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su vinculación simultánea a la sociedad laboral mediante una relación laboral de carácter especial de alta dirección».

²⁵ «Esta fue una de las razones por las que las primeras experiencias de empresa laboral no optaron por la forma jurídica de cooperativa, por seguir conservando sus derechos laborales y sindicales», Fajardo García, G., «La sociedad laboral...», op. cit., p. 35.

²⁶ Fajardo García, G. «La sociedad laboral...», op. cit., p. 13.

LOLS. Tampoco encontramos argumentos convincentes para considerar que la negociación colectiva, en su configuración legal actual, como instrumento de determinación de condiciones de trabajo, deba apartarse en sus elementos esenciales de los principios que rigen el funcionamiento de una empresa en la que los trabajadores participan del capital social. Toda empresa es foco de tensión y de conflictividad; es insostenible afirmar que la paz social es imperecedera y que en determinados tipos de empresa no existe una dialéctica entre mayoritarios y minoritarios²⁷.

Aun cuando en la ley actual la condición de trabajador por cuenta ajena del socio es ineluctable, determinadas posiciones entienden que la participación en la propiedad y en la gestión hace que la función de los órganos de representación de los trabajadores carezca de sentido en las sociedades laborales, al desaparecer la confrontación clásica trabajo-propiedad. Se afirma entonces que los derechos sindicales, cuyo paradigma es la defensa de los derechos de los trabajadores, parte débil del contrato de trabajo, frente a quien es parte fuerte —el propietario de los medios de producción o el empleador—, han de ser objeto de reflexión. Esta percepción parte de que la ley actual no refleja la realidad de una forma singular de hacer empresa: el socio trabajador no es un trabajador al uso, pero tampoco un empresario común; es una persona en la que, en su relación con la entidad, se da cita un combinado de derechos de naturaleza societaria y laboral recíprocamente imbricados.

Estas posiciones proponen un nuevo concepto de socio trabajador que refuerce las capacidades autorregulativas de la sociedad en aquellas materias que demandan mayor flexibilidad laboral. El salario, la jornada, los horarios, la movilidad..., etc., no deben quedar condicionados por la negociación colectiva, ni sindicalmente, porque la dialéctica propiedad y trabajador en la sociedad laboral no existe. Se afirma, asimismo, la conveniencia de que la ley de sociedades laborales vigente hubiera seguido el mismo rumbo que la regulación de la cooperativa²⁸, y hubiera dado una solución

²⁷ «Una sociedad laboral es una idea brillante, solidario, todos pensamos que debería tener mejor éxito en el campo de los afectos y en el campo de los comportamientos, pero no es así, porque la naturaleza humana tiene sus pasivos», Calvo Ortega, R., «La visión sobre el futuro...», op. cit., p. 99.

²⁸ La naturaleza jurídica de la relación que une al socio trabajador con la sociedad laboral no es societaria como en el caso de la cooperativa, sino laboral. «Se cuestiona que esto deba seguir siendo así», y se propone «a conveniencia de revisar la naturaleza de la relación del socio con la sociedad laboral», Fajardo García, G., «Sociedad laboral...», op. cit., p. 12.

adecuada al papel que ha de desempeñar el socio trabajador en la negociación colectiva. Porque los instrumentos jurídicos habidos hasta la fecha no refuerzan en la práctica la capacidad de autorregulación de la sociedad laboral, se concluye que la L 3/2012 es una gran oportunidad para fomentar el uso de los convenios colectivos de empresa e instalar la flexibilidad interna en las condiciones de trabajo de quienes prestan servicios en la entidad, sean o no socios.

Una de estas propuestas pasa por considerar como «accesoria» la prestación laboral de los socios trabajadores en estas entidades de economía social, estimando la relación societaria y regulada por lo establecido en los estatutos sociales²⁹.

Una relación laboral formalizada como prestación accesoria, ¿dejaría entonces de estar sometida a la normativa laboral común? Quienes se han ocupado del análisis de esta posibilidad concluyen que «si existe un control efectivo o una posición dominante del socio que realiza la prestación accesoria, será una prestación laboral». Solo si no hubiera derecho a una retribución determinada o periódica, sino participación en los beneficios, la relación será societaria, aun cuando existan anticipos a cuenta de tales ganancias³⁰. Atendiendo a esta construcción, en la mayor parte de las relaciones existentes entre el socio trabajador y la entidad laboral se mantendrá el marco normativo laboral común —con los derechos colectivos que son consustanciales a la relación de trabajo—, incluso en aquellos supuestos en los que la prestación laboral pasara a tener la consideración de accesoria³¹.

Otro elemento que se ha utilizado como soporte de esta argumentación es el régimen jurídico de la sociedad cooperativa, en el que desaparecen las representaciones electivas de empresa para el socio cooperativista y las condiciones laborales se regulan mediante los estatutos sociales o reglamentos de régimen interior.

²⁹ Fajardo García, G. «La sociedad laboral...», op. cit., p. 13.

³⁰ Fajardo García, G. «La sociedad laboral...», op. cit., p. 39, citando a ESPÍN SÁEZ, M., «Las prestaciones accesorias en las sociedades reguladas en la nueva Ley de Sociedades de Capital: implicaciones laborales», *RGDTSS*, núm. 24, 2011, pp. 1-20.

³¹ Fajardo García, G. «La sociedad laboral...», op. cit., p. 39, citando a ESPÍN SÁEZ, M., «Las prestaciones accesorias en las sociedades reguladas en la nueva Ley de Sociedades de Capital: implicaciones laborales», *RGDTSS*, núm. 24, 2011, pp. 1-20.

