

El empresario gestor de la empresa: los poderes de dirección y de organización de los factores de producción.

Fernando Sicre Gilabert

Dr. en Economía y Dr. en Derecho

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1. Introducción. El binomio empleo-desempleo.

A modo de reflexión inicial, hay que aseverar algo a todas luces reconocido por todos, el mayor problema social que padece este país y que se ha enquistado desde los inicios de la crisis del petróleo en 1973 es el desempleo. Los agentes sociales e institucionales así lo reconocen y califican el problema de dramático para aquellos que lo padecen.

El desempleo es producto de desequilibrios económicos de muy diversa índole. Los desajustes que lo provocan tienen un doble componente, de naturaleza endógena y exógena. A los que son producto y efecto de la economía mundial, hay que añadir el agravamiento de la situación en España, producto de las peculiares características de la economía española. La alternancia en el poder típico del sistema democrático y los continuos cambios legislativos operados desde los llamados Pactos de la Moncloa, donde cada opción política ha querido marcar su impronta y resolver el problema a modo de parches y por lo tanto incidiendo en el corto plazo, han hecho poco estable el sistema jurídico-institucional, en el que se asienta el marco legislativo regulador del mercado de trabajo. Con toda seguridad, la rigidez atribuida al mercado de trabajo, es producto de la legislación laboral estatal, como también lo es, la que ha venido suponiendo hasta ahora la negociación colectiva, prevaleciendo el ámbito sectorial y provincial, en detrimento de la negociación de naturaleza empresarial. El resultado de ello, los niveles insostenibles de desempleo que nos encumbran junto con Grecia, en las posiciones más arriba del ranking. Hemos pasado del 20% en 1990, 24% en 1994, 9,5% en 2003 y 26% en 2013. Desde entonces parece que la cuestión comienza a reconducirse a mejor, soportando el tercer trimestre de 2015 la cifra del 22,5%.

No sólo padecemos el problema del desempleo como tal, sino que hay que añadir la existencia de un desfase importante entre población activa y población total. Ese diferencial se irá diluyendo en el propio mercado de trabajo, pasando entonces a la condición de empleados o desempleados. La consecuencia de ello, es la existencia de un importante potencial de crecimiento del número de personas que accederán más temprano que tarde al mercado de trabajo. A colación con lo expuesto, el porcentaje de población activa femenina tiene una tendencia positiva desde toda la serie histórica examinada, que va desde el 22% en 1960, 30% en 1986, 38% en 1994 y 54% en 2015. Doce puntos porcentuales menores que la de los hombres.

El desempleo es un problema estructural, inherente a la propia sociedad española y que está presente en la problemática propia y ordinaria del país. Pero no es cuestión de resignación. Hay que buscar las raíces del problema y tratar de darle solución, mediante un doble enfoque, en el corto plazo y en largo plazo.

Un análisis del pensamiento de los principales empresarios y directivos españoles, cuyos comentarios al respecto han sido vertidos en la prensa económica nacional, han posibilitado agrupar sus propuestas y disponer de un soporte documental a modo de argumentario, que nos permite combatir el desempleo, desde una óptica cercana al terreno de la empresa. Este análisis ha sido sistematizado en orden a una serie de consideraciones, consideradas como trascendentes en relación con el problema que nos ocupa y que pueden circunscribirse en las siguientes: 1. Los mecanismos de

desvinculación del trabajador de la empresa; 2. La prestación contributiva y asistencial de desempleo; 3. Las políticas activas de empleo; 4. Legislación que posibilite el ajuste interno de las empresas ante la posición cambiante de la empresa según condiciones del mercado, que supone en definitiva un conjunto de medidas legales, que debidamente sistematizadas conforma un documento de reformas legales a modo de “lege ferenda”.

A. Los mecanismos de desvinculación.

Una importante mayoría de directivos y empresarios consideran importante reducir la indemnización por despido de naturaleza individual, con carácter general, situándola en torno a los veinte días y con el tope del año. Es curioso también que manifiesten que en el caso de los despidos colectivos, la indemnización debe mantenerse en los veinte días. Quizás la falta de distingo en cuanto a la cantidad de la indemnización en uno y otro caso, es que el problema que subyace desde la perspectiva empresarial, es que el necesario ajuste o en su caso, la inconveniencia que una determinada persona sigue incorporada al proceso productivo, sea resuelto sin más y con un coste asequible y a su juicio proporcional, ya que en caso contrario repercute negativamente en la dinámica económica de la empresa. La expresión coste asequible y proporcional, lo conectan con el despliegue de efectos de la prestación de desempleo.

Indemnizaciones cuantitativamente importantes por despido y procedimientos enrevesados sobre todo en las regulaciones de empleo, justifican la pérdida de interés para el empresariado en la generación de riqueza, fin último de su actividad, lo que repercute negativamente en la generación de empleo. Se constata en ocasiones que ello produce un desplazamiento hacia la inversión en bienes de capital y hacia la utilización de las modalidades de contratación temporal, cuando no se produce una renuncia explícita a cualquier cosa, no solo a la ampliación de la actividad productiva, sino también incluso a seguir operando en el mercado.

Una mayoría pensaba en la conveniencia de la desaparición de la autorización administrativa en los expedientes de despidos colectivos. Sin embargo, en pocos casos se advertía la necesidad de rebajar la cuantía de la indemnización vigente. Con la Ley 3/2012 en vigor, el rechazo frontal ha sido a la intervención judicial contra la decisión extintiva, en materia fundamentalmente de formas y procedimiento y no curiosamente en lo concerniente a la acreditación de las causas que se invocan y que justifican el expediente.

El espíritu que subyace en la regulación de los despidos colectivos con la Ley 3/2012, relacionados siempre con crisis industriales de mayor o menor envergadura, pero siempre sujetas a esa calificación y con repercusiones lógicas en el funcionamiento ordinario del actividad de la empresa, supone la conjunción de dos elementos que pudieran considerarse antitéticos, pero que de una forma u otra es preciso conciliar: los derechos de los trabajadores y que no se consume la ruina del empresario, posibilitando de paso la supervivencia de la empresa como finalidad inmediata.

B. Las prestaciones contributiva y asistencial de desempleo.

La cuestión está directamente relacionada con la conformación de la masa salarial asociada a una categoría profesional concreta y desde luego a la determinación legal del salario mínimo inter profesional. Sí el trabajador tiene mejores opciones que el salario que supone trabajar, porque la cuantía de la prestación de desempleo es más alta que el salario, está claro que el coste de oportunidad de tomar la opción de trabajar es irracional, desde la perspectiva de la racionalidad económica. De ahí que se diga que cuando la prestación de desempleo es muy generosa en cuanto a la cantidad y tiempo de percepción, compite directamente con el salario y por ende con el empleo en sí. En España ya pasó esto, consecuencia directa de una de las primeras medida en materia de política de empleo, implantada por el PSOE en 1984, cuando se promulgó la Ley 32/1984, en cuya virtud, existiendo una tasa de desempleo desmesurada, la prestación de desempleo competía en tiempo y cantidad con el propio trabajo. Amén de las distorsiones que produjo en lo concerniente con los trabajadores a tiempo parcial y la declaración de la situación legal de desempleo que les eran sumamente beneficioso, produciéndose disfunciones importantes del mercado, claramente defraudatorias alentadas por una legislación poco realista y contraproducente. Tan es así, que en 1992, el mismo gobierno que implantó esta reforma, tuvo que modificarla y endurecer las condiciones de acceso y cuantía a percibir, dado el insostenible déficit que se originaba en la dinámica de gestión de la prestación de desempleo y el subsidio asistencial.

Los empresarios y directivos se han decantado desde siempre por la modificación del sistema, reduciendo el período de cobro y condicionándolo en su cuantía al salario mínimo inter profesional. Muchos de ellos entienden irreal la cifra de desempleo oficial, como demandantes de empleo en el Servicio Público, atribuyendo la disfunción al fraude que en este caso debe ser conectado con la economía irregular o sumergida. Es opinión extendida por los analistas, que la economía sumergida española representa una cifra que va desde el 22% al 25% del PIB. Teniendo en cuenta que en el segundo trimestre de 2015, la mitad de los desempleados no cobraba la prestación por desempleo, hay que entender que el problema se palía, con la solidaridad familiar, con las cantidades entregadas a los desempleados de larga duración a modo de políticas activas de empleo, con efectos en el tiempo de 6 meses y cuyas normas se están prorrogando en el tiempo desde hace años. A ello hay que unir de manera decisiva, ya que en caso contrario sería inexplicable la propia situación, la existencia de una importante economía sumergida.

También, conectan el percibo de la prestación con la indemnización por la extinción del contrato de trabajo. De tal forma que una parte de esta se detraiga de la propia prestación, argumento que se esgrime y justifica, sobre la base de las cotizaciones de la prestación de desempleo, que a pesar de ser una cotización compartida por los dos sujetos obligados, empresa y trabajador, la cuota de la cotización a cargo del empresario representa el 78% de la cotización por la referida contingencia. Ello originó un importante debate a colación con el sistema austríaco o de “la mochila del trabajador”. Éste consiste en lo que a continuación se explicita.

Flexibilizar el mercado laboral y ofrecer un capital a largo plazo a todos los trabajadores, son los dos aspectos principales de la reforma laboral, que introdujo el Gobierno de centroderecha austríaco en 2003 y que ahora propone implantar en el

futuro el Ejecutivo español. El Gobierno conservador y el Partido Liberal austríacos propusieron la reforma, aprobada por todos los grupos parlamentarios en junio de 2002 y calificada como "un hito" por los democristianos. Austria cuenta con una de las tasas de desempleo más bajas de Europa.

La principal novedad de este modelo es que el trabajador cuenta con un sistema de indemnización por despido que funciona como un fondo de ahorro, que puede mantener aunque cambie de trabajo y que el Estado incentiva utilizar como complemento a la pensión pública. Esta "hucha" o "mochila", como la definen en Austria, se va llenando con la aportación mensual de la empresa del 1,53% sobre el salario bruto del trabajador, calificándose este como salario diferido. Es decir, las empresas hacen pequeñas aportaciones mensuales y no deben hacer frente a una gran suma de golpe por los despidos.

El Estado garantiza el cien por cien de las aportaciones netas, mientras que la caja que gestiona el fondo invierte el dinero para conseguir un rendimiento del capital. El trabajador tiene derecho a acceder de inmediato a su dinero si es despedido, pero si deja su trabajo de forma voluntaria, sólo podrá acceder a él después de cinco años sin empleo. En caso de fallecimiento el dinero iría a parar a sus herederos. Si el capital se utiliza como un complemento a la pensión pública, el Estado no grava de ninguna forma el patrimonio alcanzado, mientras que si decide recuperarlos de una sola vez, Hacienda impone un impuesto del seis por ciento.

La principal ventaja es que introduce una mayor movilidad y flexibilidad en el mercado laboral. Es de especial importancia el sistema para las pequeñas empresas que pueden racionalizar sus costes, no originándose problemas adicionales de liquidez, cuando la empresa despide a algún trabajador.

También los sindicatos austríacos ven importantes ventajas en este modelo. El capital por despido se universaliza a todos los empleados, incluidos sectores marcados por la temporalidad como el turismo o la construcción. Además, no se pierde la antigüedad al cambiar de trabajo. La desventaja u objeción esgrimida por el presidente del sindicato mayor del país, es que este sistema carece de trabas para el despido, pero aun así, el modelo ha aportado mejoras para los trabajadores, respecto al anterior sistema de despido austríaco, parecido en grandes líneas al vigente en España en la actualidad. Otra crítica de los sindicatos es que la cantidad mensual, el 1,53% del salario bruto, es insuficiente y exigen que suba al 2%, algo que la patronal no acepta.

Antes, por ejemplo, los empresarios despedían a los trabajadores que llevaban 36 meses en las empresas para no asumir los costes de despido, que comenzaba a operar a partir de ese tiempo vinculado con la empresa, mientras que ahora eso ya no ocurre por razones obvias.

Otro aspecto polémico y que es preciso mencionar es si el nuevo modelo ha encarecido los costes del empleo. Según el ministerio de empleo del país, la respuesta es "no" de manera rotunda.

"Este modelo encareció el empleo en algunos sectores como el turismo y la construcción, sectores marcados por la temporalidad, pero bajó, y mucho, los costes en

otros sectores. Por lo que sumando y restando, el empleo incluso se abarató en términos generales".

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha venido elogiando en distintos informes la reforma, como una forma creativa de aportar seguridad a los sistemas de pensiones públicos.

Además, la reinversión de los fondos a través del mercado de capitales, es elogiada por la OCDE como una forma de "mejorar la función del mercado de capitales para apoyar el crecimiento".

C. Las políticas activas para la generación de empleo.

La práctica totalidad de directivos y empresarios coinciden en el alto coste de las cuotas de la Seguridad Social española. Son partidarios de una significativa reducción, máxime si se tiene en cuenta, que un tercio aproximadamente de los costes salariales incorporados a un producto, son costes de Seguridad Social. Casi todos llegan a esa conclusión y a continuación suelen manifestar que su financiación debe ser realizada por otras vías, quizás exclusivamente impositivas y con cargo a los presupuestos del Estado, sin entrar en mucho detalle.

De igual forma, los directivos son partidarios de un menor pago de impuestos en varios casos: empresas nuevas, empresas que generen empleo neto y para los beneficios no distribuidos. Curiosamente suelen estar de acuerdo en general con la articulación y cuantificación del impuesto de sociedades.

Creando muchos de ellos de la insostenibilidad del Estado del bienestar, son conscientes de igual forma, que los efectos negativos y de desestabilización social, no aconsejan un cambio radical sobre su existencia, pero sí de la necesidad de iniciar un tránsito para hacerlos asumibles a las circunstancias de hoy en día. Tienen claro que unas cuentas públicas saneadas, son determinantes para que la economía en general funcione adecuadamente. Las implicaciones públicas en la economía privada son claras, sobre todo en el ámbito de las cuestiones financieras.

D. Políticas reformistas del modelo de relaciones laborales.

Las reformas que debe asumir el Estado son de importante calado en los ámbitos económicos y laborales. Las llamadas reformas estructurales de la economía española, deben materializarse en los instrumentos necesarios que hagan posible recuperar la senda del crecimiento, sobre la base de la competitividad de las empresas. La reforma laboral que comienza en 2010, ni mucho menos puede considerarse finalizada. Se ha intensificado a partir de 2012. La necesaria adaptabilidad de las empresas al mercado y a las condiciones que le vienen impuestas, deben seguir haciendo de guía en el futuro.

La globalización y la zona UE deben ser referencias obligadas en la determinación del espíritu pretendido por las normas, que se incorporen al acervo jurídico español.

Muchas de las pretensiones de empresarios y directivos en cuanto al sustrato de la reforma, han sido plasmadas en las diferentes normas que se han ido promulgando desde 2012: movilidad funcional, movilidad geográfica, abaratamiento del despido, judicialización de los despidos colectivos, la ultra actividad de los convenios colectivos, el descuelgue de condiciones laborales impuesta en convenios colectivos, independientemente de su ámbito, que conforman la productividad del factor trabajo...

Curiosamente piensan en la necesidad de abordar de forma mayoritaria las condiciones de trabajo básicas en la negociación colectiva, dejando siempre un sitio para la regulación de las mismas en el contrato. Ello nos lleva a otro dilema, el de que el convenio colectivo debe firmarse, no como una regulación de condiciones laborales de máximo, que arrincona al contrato, sino que lo debe hacer desde otra perspectiva, que bien podría ser de mínimos o dejando al menos una vía intermedia, de tal forma que la regulación de las condiciones de trabajo a través del convenio colectivo, permita ajustar las mismas, utilizando al efecto el contrato, como instrumento determinante e individualizado de ajuste a la realidad, de la productividad del factor trabajo.

Otras cuestiones no menos importantes y que reivindican los empresarios y que la legislación debe considerar son: 1. Incremento de la parte variable en la conformación de la masa salarial de cada trabajador, directamente relacionada con su mayor o menor propensión a la productividad del factor; 2. Introducción de nuevos sistemas de organización de la actividad laboral; 3. La polivalencia funcional y la flexibilización horaria, sobre la base de la única referencia del cómputo de la jornada anual.

Se observa una diferencia de matiz importante, entre las opiniones vertidas por los empresarios y por los directivos empresariales en aras al convenio colectivo. Los primeros son más reacios a los cambios y muchos de ellos buscan su acomodo en la estructura sectorial de la negociación colectiva, donde las condiciones laborales, básicamente las que conforman la masa salarial, se extienden de manera uniforme a lo largo de todo el sector. Mientras que cuando los que opinan son directivos, la preeminencia de ellos se decanta por el convenio de empresa y por la posibilidad de que el convenio, al menos sea un mecanismo de flexibilidad en la regulación de las condiciones de trabajo, que se complementan o así debiera al menos con el propio contrato de trabajo, de tal forma que sea efectiva la individualización de las condiciones de trabajo en conexión directa con la productividad.

2. El empresario: la elección de su forma será determinante en el devenir de la empresa.

2.1. El Derecho del trabajo y el concepto de empresario: personas físicas, jurídicas y comunidades de bienes.

Se define al empresario desde la óptica del Derecho del trabajo, como aquel que recibe la prestación de servicios de los trabajadores¹ que voluntariamente lo presten de forma retribuida, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de aquel², en los términos recogido en el artículo 1 ET.

No vamos a entrar en el dilema empresario-emprendedor, sobre el que hemos hecho ciertas apreciaciones en el Libro I, amén de decantarme por el primero, pero sí que en este ámbito del Derecho, dos términos son susceptible de uso legítimo en igualdad de condiciones. Me refiero a los conceptos de empresario y empleador. El empresario como gestor de los factores de producción y por lo tanto, también del factor trabajo, es el que “emplea” a trabajadores. Pero no lo hace por el mero hecho de emplearlos, es decir, ello no constituye un fin en sí mismo, sino que se realiza con la intencionalidad manifiesta de conseguir otro, generalmente económico, pero no necesariamente, de ahí una de las diferencias esenciales entre los conceptos laboral y mercantil del término.

Aun utilizándose de manera mayoritaria el termino empresario, el uso del término empleador es comúnmente admitido, en cuanto que es definido en función de la contraparte del contrato de trabajo, o sea, el trabajador. Es empleador, el que emplea a un trabajador. Se podría decir al respecto, que el empleador es un empresario en su acepción mercantil, pero más extenso que este, ya que los entes sin ánimo de lucro y demás entes públicos, son también empresarios-empleadores en cuanto contratantes de trabajadores.

Siendo empresario en su acepción mercantil, aquella persona que realiza profesionalmente una actividad económica organizada para la producción de bienes o servicios, con la intención de obtener un lucro. O en su caso realizar actos de comercio soportando el riesgo y ventura de la operación. La primera conclusión que se saca, es que existen multitud de empresarios que no son empleadores, en cuanto que realizan la actividad directamente, sin el concurso de trabajadores a su cargo. De igual forma pero a la inversa, la existencia de empleadores que no son empresarios en sentido mercantil, como son los entes o instituciones asistenciales y benéficas, las administraciones públicas y las entidades religiosas. Esta diferenciación tuvo en su día su importancia, ya que en ocasiones se confundían los conceptos, en cuyo caso podía que la persona que prestaba servicios pudiera salir perjudicada, en cuanto que algunos tribunales entendieron que al no ser empresario el dador de trabajo, no podía articularse entre ambos, dador y deudor de trabajo, una relación ordinaria de trabajo. La consecuencia de ello, la inexigibilidad de los deudores de trabajo, de los derechos ordinarios que nacen

¹ Artículo 1.2 ET: “A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”.

² Artículo 1.1 ET: “La presente Ley será de aplicación 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”.

de la relación laboral. En la década de los años sesenta del siglo pasado, la cuestión quedó resuelta en una STS 22-11-1963³, dictada en interés de ley.

Con posterioridad en el tiempo apareció el concepto de empleador aparente o de hecho, que es aquel que se manifiesta como empleador frente al trabajador, aunque no lo sea de derecho. Sus notas características son, las de recibir el trabajo y remunerar el trabajo.

Hechas estas apreciaciones de naturaleza semántica, que un momento determinado tuvieron efectos importantes, en las consecuencias jurídicas que se derivaban de la relación que surgía, visto básicamente desde la posición del dador de trabajo genéricamente considerado, hoy en día no hay duda de la extensión y límites del concepto de empresario desde la perspectiva laboral, que en cuanto coincidente con el de empleador, deben considerarse como términos sinónimos y por lo tanto de utilización indistinta. Utilizaremos en adelante el concepto de empresario exclusivamente.

Hemos observado como en la definición de empresario que se desprende de los apartados 1 y 2 del artículo 1 ET, “refleja” en cualquier caso la noción de trabajador, haciendo alusión de manera expresa a los poderes de dirección y de organización que son inherentes a la condición de empresario y sin cuyo concurso no es posible que el empresario lleve a buen término su empresa. Porque es preciso clarificar las diferencias conceptuales entre empresario y empresa. Ésta última y de acuerdo con el Derecho internacional, es el conjunto de capital, administración y trabajo dedicado a satisfacer una necesidad en el mercado. En USA, los diccionarios legales la definen como una organización o actividad económica, especialmente una organización de negocios.

Ciertos fenómenos que se dan en el tráfico jurídico, dificultan la determinación de quien es el empresario de un determinado trabajador, en función de una serie de circunstancias que acontecen frecuentemente en el tráfico. De igual forma que la jurisprudencia del segundo tercio del siglo XX definió conceptos entonces novedosos, pero necesarios para adecuar el mundo de las relaciones laborales a la realidad del momento (caso del concepto de empleador aparente o de hecho), hoy en día existen múltiples supuestos que aclaran o en su caso dificultan el conocimiento de cuál es el auténtico empresario de los trabajadores. Para ello ha sido preciso la elaboración de determinadas doctrinas, cuyo objetivo ha sido precisamente facilitar la búsqueda del empresario real, entre las que se encuentran la del empresario aparente o la del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, con una evidente finalidad protectora del trabajador.

Los referidos fenómenos aducidos con anterioridad que va regulando el ordenamiento, ha supuesto con carácter previo una demanda de los empresarios en función de las condiciones del mercado y que en los casos de situaciones conflictivas que terminan judicializándose, los tribunales han ido modelando una serie de figuras, muchas de las cuales como digo son ya de común uso: la descentralización productiva, los grupos de empresa, el grupo patológico de empresa, la sucesión de empresa, la

³ “Empresario o patrono es el individuo o persona jurídica, propietaria o contratista de la obra o servicio donde se preste el trabajo, sin que se exija por tanto, que sea comerciante, ni que persiga un fin de lucro, ni otro cualquiera meramente material, sino que es suficiente para incluirlo en tal concepto con que sea dador de trabajo o que en su beneficio se presten ciertos servicios, aunque le guíen móviles espirituales...”

subrogación de la condición de empresario y la cesión de trabajadores en su doble ámbito, legal (empresas de trabajo temporal) e ilegal.

La condición de empresarios personas físicas y jurídicas, aparecen reflejado expresamente en el artículo 1.2 ET, cuando dice “serán empresarios todas las personas físicas o jurídicas que reciban las prestaciones de servicios de los trabajadores”. De igual forma, también el precepto alude a la condición de empresario de las comunidades de bienes, que reciban la prestación de servicios de los trabajadores. En este caso de las comunidades de bienes y demás entes sin personalidad jurídica, que actúan como empresarios desde el prisma laboral, por así disponerlo el ordenamiento jurídico, es preciso hacer algunas puntualizaciones (serán objeto del contenido de la obra en el apartado 2.2.2. Libro segundo), que no eran precisas para el caso del empresario persona física o jurídica, por razones obvias.

2.2. La diferente tipología de formas jurídicas que puede adoptar el empresario.

La elección adecuada de la forma jurídica decidida por un empresario para gestionar su empresa, es decisiva y va estar interconectada con un gran número de factores de variada índole, entre los que destaca la asunción de responsabilidades personales o societarias en su caso y la cuestión fiscal. También y a menor escala el régimen de Seguridad Social, de quien realiza efectivamente los actos de gestión, teniendo en cuenta la diferente tipología de formas jurídicas. La forma jurídica más adecuada a cada caso individualmente considerado, es de difícil generalización, ya que cada proyecto o empresa tiene infinidad de matices, amén de considerar cuestiones subjetivas y personales, imposibles de extrapolar a otro proyecto de empresa. No obstante existen unas líneas generales, que son las que vamos a enunciar a continuación.

2.2.1. Empresario persona física.

Una definición comúnmente aceptada de persona física, es aquella que disponiendo de la capacidad legal necesaria, ejerce de forma individual y por cuenta propia una actividad mercantil, de naturaleza productiva, comercial o prestadora de servicios. También apta para el desarrollo de servicios de carácter profesional. Para su constitución no se exige en principio ninguna formalidad previa. La persona física que se inviste como empresario, aporta capital y trabajo. En relación con aquel, no se exige ningún tipo de desembolso dinerario para conformar un capital mínimo. Asume la responsabilidad personal por la marcha del negocio, controlando en consecuencia la empresa directamente por su titular.

La normativa general de aplicación por el desarrollo de su actividad como empresario, es el Código de Comercio, aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885, reformado por Ley 18/1989, de 25 de julio. Está sujeto a la tributación del IRPF

como régimen fiscal general y su régimen de seguridad social el de trabajadores autónomos o por cuenta propia. Es una tipología idónea para pequeñas empresas y habitualmente, cuando la empresa cuente con un pequeño número de trabajadores.

Quizás, el principal inconveniente es la ausencia de separación entre el patrimonio de la empresa y el patrimonio propio del empresario, en cuanto que se confunden. De tal modo que el empresario responde con todo su patrimonio presente y futuro, de las obligaciones que contraiga en la gestión de la empresa. Es importante advertir ahora la importancia que tiene elegir el régimen matrimonial de los bienes, ya que en el caso de régimen de gananciales, los bienes del cónyuge del empresario quedan afectos a los resultados de la actividad empresarial, los gananciales, no así los privativos, que sí quedarían afectos cuando se lleve a cabo algún tipo de estipulación ejercitada por el otro cónyuge, en relación con sus bienes privativos, siempre que el consentimiento expreso sea elevado a escritura pública.

Desde la perspectiva fiscal, la conveniencia o inconveniencia de gestionar una empresa a través de esta forma, tiene el límite que marca las diferentes figuras tributarias aplicables. Hay que considerar de manera sintética, que cuando el volumen de negocio es importante y la cifra de beneficio se dispara, el impuesto de sociedades tiene una tributación fija que ha pasado del 30%, al 28% en 2015 y 25% en 2016. Y sin embargo, la tributación del IRPF, puede ser excesivamente gravoso cuando los beneficios son altos, siendo el tipo aplicable del 47% en 2015 y del 45% en 2016, para bases imponibles superiores a 60.000 €. El otro gasto a considerar por el empresario, es el que le supone el pago mensual del recibo de las cotizaciones del régimen especial de trabajadores autónomos, cuya base mínima para 2015 es de 884,40 € euros y máxima de 3.606,00 € mes, a la que hay que aplicar el tipo del 26,50 sin la cobertura de la incapacidad temporal y del 29,80 con la cobertura de la contingencia indicada.

El régimen de Seguridad Social aplicable a la persona física que como tal opera en el tráfico jurídico mercantil, es el Régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomo. El artículo 1 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, regulador del ámbito de aplicación subjetivo, incluye en su ámbito de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, 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. Artículo que hay que poner en relación con el artículo 2 del 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, que determina el concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo, procediendo a enumerar los requisitos para su inclusión: 1. A los efectos de este régimen especial, se entenderá como trabajador por cuenta propia o autónomo, aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas. 2. La habitualidad para los trabajadores que se ocupen en trabajos de temporada, quedará referida a la duración normal de ésta. 3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el interesado concurre la condición de trabajador por cuenta propia o autónomo, a efectos de este Régimen Especial, si el mismo ostenta la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo. Determinando a su vez su artículo 3 (sujetos incluidos), que estarán

obligatoriamente incluidos en este Régimen Especial de la Seguridad Social, los españoles mayores de dieciocho años, cualquiera que sea su sexo y su estado civil, que residan y ejerzan normalmente su actividad en el territorio nacional y se hallen incluidos en alguno de los apartados siguientes: Los trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares.

El régimen jurídico de los trabajadores que presten servicios para un empresario persona física, es el ordinario y a ello nos remitimos.

2.2.2. Los entes sin personalidad: las comunidades de bienes y otros entes sin personalidad que tienen atribuida la condición de empleador o empresario.

En el ámbito del Derecho del trabajo se define el empresario como “las personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes” que reciben la prestación de servicios de la otra parte del contrato de trabajo, o sea, del trabajador. Ambos conceptos son capitales en el ámbito laboral y aparecen definidos respectivamente en el artículo 1.2 ET y 1.1 ET.

De manera explícita, es admitido en el tráfico jurídico laboral como empresario las comunidades de bienes.

2.2.2.1. Comunidades de bienes.

Existe comunidad de bienes cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas. Su régimen jurídico aparece recogido en el artículo 392 del CC.

Su constitución es sencilla. Con carácter general se puede constituir en documento privado, salvo que se aporten bienes inmuebles, en cuyo caso se exige escritura pública. No tiene personalidad jurídica propia, distinta de las de sus comuneros. No se le exige aportación mínima de capital, para su válida constitución. Su régimen de responsabilidades se articula de la siguiente manera: responde frente a terceros la comunidad como tal, con todos sus bienes y sí estos no son suficientes para responder de las obligaciones asumidas, responden los comuneros con su propio patrimonio. Lógicamente se exige el concurso de al menos dos comuneros para que la comunidad quede válidamente constituida.

La comunidad de bienes actúa en relación con los trabajadores que prestan servicios para ella, como empresario, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.2 ET. El alta de los comuneros que presten su actividad a la comunidad será en el régimen especial de la Seguridad Social de autónomos. Los que simplemente se limitan a aportar

capital, sin realizar por lo tanto actividad alguna, se encuentran excluido del ámbito de aplicación del referido régimen.

Los trabajadores contratados por la comunidad serán dados de alta en el régimen general, salvo que por la actividad de la comunidad, deban encontrarse en algunos de los regímenes especiales, cuyo ámbito de aplicación acoge a trabajadores por cuenta ajena, como sería el caso del régimen especial del mar.

El ámbito de aplicación del régimen de Seguridad Social de los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, que desarrollen su actividad como tal, a título lucrativo y de forma personal, habitual y directa, los consideran incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. A tal efecto hay que hacer constar lo dispuesto en el artículo 1.2 (ámbito de aplicación subjetivo: supuestos incluidos) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, por el que se declaran expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, 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, declarándose expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, siempre que cumplan los requisitos a los que se refiere el apartado anterior: Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común. A lo que añadir lo dispuesto en el artículo 3 D 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomo (sujetos incluidos). Estarán obligatoriamente incluidos en este Régimen Especial de la Seguridad Social, los españoles mayores de dieciocho años, cualquiera que sea su sexo y su estado civil, que residan y ejerzan normalmente su actividad en el territorio nacional y se hallen incluidos en alguno de los apartados siguientes: Los trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de Empresas individuales o familiares.

Cuando la participación de los socios o comuneros se limite a la aportación de bienes, sin participar en la dirección de la empresa ni poner en común su actividad y limitando su responsabilidad a los bienes aportados, no cabrá incluirlos, dado que sólo se realiza un aporte de capital y no se desempeña ninguna actividad profesional dentro de la empresa. Esta condición debe estar reflejada en el contrato de constitución de la comunidad de bienes para que tenga validez plena. Pero, si por el contrario, se prueba la existencia de una auténtica relación laboral en la prestación de servicios de los comuneros o socios a la comunidad o sociedad, y si ésta actúa realmente en calidad de empresario, los mismos quedarán incluidos en el Régimen General.

El régimen jurídico laboral de los trabajadores que presten servicios en la comunidad de bienes o sociedad civil irregular, es el ordinario y a ello nos remitimos.

Las comunidades de bienes aparecen recogidas en el artículo 33 de la LGT, como ente sin personalidad, pero con capacidad de obrar en el tráfico jurídico. También las considera sujetos pasivos sometidos en su caso a tributación. No tributan por el impuesto de sociedades, ya que los rendimientos obtenidos por la comunidad en el

desarrollo de sus actividades, serán imputados a los comuneros como rendimientos de actividades empresariales, sujetos al IRPF.

2.2.2.2. Uniones Temporales de Empresas.

El régimen jurídico de la Uniones Temporales de Empresas aparece fundamentalmente regulado en una norma de carácter fiscal, la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial y Regional, que ha sufrido notables y periódicas modificaciones⁴, debiéndose destacar la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, que vino a sustituir la figura de la Agrupación de Empresas, por la de Agrupación de Interés Económico.

Las UTE, tienen su origen en las Agrupaciones Temporales de Empresas, reguladas en la Ley 196/1963, de 28 de diciembre, sobre Asociaciones y Uniones de Empresas. No existe una regulación específica de la figura de la UTE, ni en la normativa mercantil, ni civil. Sin embargo, las UTE no están huérfanas de regulación, destacando al efecto la LUTE.

La UTE es un sistema de agrupación de empresas que da lugar a una organización sin personalidad jurídica, que tiene como fin la ejecución de una obra, servicio o suministro determinado. A pesar de configurarse su especial régimen jurídico en normas fiscales y administrativas y no mercantiles o civiles, podemos sistematizar las notas definitorias de las UTE. Ésta carece de personalidad jurídica. Las obligaciones son asumidas por los miembros que la conforman de manera solidaria y siempre va a tener dimensión temporal.

Una característica fundamental que va unida a su falta de personalidad, es la carencia de patrimonio propio, entendiendo por ello, el conjunto de derechos, bienes y obligaciones, que se atribuyen a una persona y que sirven en consecuencia de garantía, a los acreedores que se relacionan con ella en el tráfico jurídico. La consecuencia directa es que son sus miembros los que responden directa e ilimitadamente con su patrimonio, por los actos que realizan dentro o a través de la propia UTE. Ahora bien, no es menos cierto que la LUTE posibilita la existencia de un fondo operativo común, contra el que podrán dirigirse los acreedores, sin menoscabar el sistema de responsabilidades solidarias entre sus integrantes.

La ausencia de personalidad jurídica no le imposibilita actuar como tal UTE, actuar a través de un cierto grado de personificación, en ciertas situaciones, como son los casos referidos a los ámbitos fiscal y laboral. La UTE es sujeto de derechos y obligaciones en sus relaciones con la Administración Tributaria. Las UTE que deseen tributar de acuerdo con el régimen tributario especial previsto en el artículo 48 TRIS, deben solicitar su inscripción en el Registro especial de Uniones Temporales de Empresas del Ministerio de Economía y Hacienda. Con carácter general, si se acogen a

⁴ Ley 12/1991; Ley 43/1995; Ley 66/1997; Ley 46/2002; Ley 62/2003.

este régimen especial, no tributarán en el impuesto de sociedades e imputarán sus bases imponibles, deducciones y bonificaciones en cuotas y retenciones e ingresos en cuenta, a los socios residentes en territorio español. La UTE es sujeto pasivo del IVA, sin que se apliquen normas especiales, salvo lo dispuesto en el artículo 20 LIVA, sobre exenciones.

En el ámbito laboral, también puede contratar a trabajadores por sí, con independencia de que se nutra para la consecución del fin para el que nace, de trabajadores de plantilla de las empresas que la conforman.

La naturaleza solidaria de la responsabilidad de los integrantes de la UTE, frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común, será en todo caso solidaria e ilimitada para sus miembros⁵. Hay que acudir al Derecho común, para establecer el concepto de responsabilidad solidaria, tal y como se dispone en el artículo 1138 CC, que dice que “la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, la cosa objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”. Supone ello, que cada uno de los miembros integrantes de la UTE, responde frente a terceros del total cumplimiento de las obligaciones, de forma ilimitada, con cargo a su propio patrimonio, sin que eso impida con posterioridad ejercitar el derecho de repetición del pagador y exigir así al resto de codeudores, la parte que a cada uno corresponda, en función del porcentaje de participación de cada uno en la UTE, en los términos exigidos en el artículo 1145 CC.

Desde la óptica de la gestión de la UTE, el modo ordinario de obligarse la UTE en el tráfico jurídico, es a través de la figura del gerente único, en los términos dispuestos por la LUTE. A tal efecto dispone que “existirá un gerente único de la UTE, con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes. Las actuaciones de la UTE, se realizarán precisamente a través del gerente, nombrado al efecto, haciéndolo éste constar así en cuantos actos y contratos suscriba en nombre de la UTE⁶”. Contenido ampliado para el caso de UTE, que sea adjudicataria de un contrato con una Administración pública, que si bien deberán nombrar un representante o apoderado único⁷ de la UTE, con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven, hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.

El carácter temporal es connatural al fin por el que se constituye y parte definitoria de la propia institución. Alcanzado el fin por el que se constituyó, la UTE deberá extinguirse⁸. La UTE encuentra su justificación en ser un sistema de colaboración entre empresario por tiempo cierto, determinado e indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro. Teniendo un plazo máximo de existencia, que será idéntico al de la obra, servicio o suministro que constituya su objeto. En cualquier caso “su duración máxima no podrá ser superior a veinticinco años,

⁵ Artículo 8.e.8 LUTE.

⁶ Artículo 8.d. LUTE.

⁷ Artículo 59.2 TRLCSP.

⁸ Artículo 7 LUTE.

salvo que se trate de la ejecución de obras y explotación de servicios públicos, en cuyo caso, la duración máxima será de cincuenta años⁹”. Estos plazos no son aplicables cuando la UTE se constituye por ser adjudicatario de un servicio, obra o suministro público. El TRLCSP manifiesta que la duración de las UTE será coincidente con la del contrato hasta su extinción. Es decir, en los casos de contratación pública, las UTE no tienen un período máximo de duración con carácter general, se limita a cuarenta, que es la de duración máxima del contrato¹⁰ y un plazo máximo de veinte años, que coincide con el de duración máxima del contrato, para el caso en el que no siendo su objeto una concesión pública, se trate de un contrato de colaboración con el sector público¹¹.

La Ley de Emprendedores¹² ha añadido un segundo párrafo al artículo 59 del TRLCSP. Se pretende la eliminación de obstáculos para el acceso de los emprendedores a la contratación pública, con la intención de que ésta actúe de revulsivo en la expansión y consolidación empresarial. Se pretende poner en contacto a pequeños emprendedores que se dediquen a una misma actividad, posibilitando que estos puedan darse de alta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado. La finalidad es clara, permitir la uniones de empresarios, con la intención de que en conjunto cumplan las condiciones que se les exige en los pliegos de licitación o contratación.

2.2.2.3. Joint-venture.

Un joint-venture exige que dos o más empresas o bien parte de las mismas, se unan para ejecutar un proyecto o prestar un servicio durante un período temporalmente limitado, que puede ser indeterminado en principio. El joint-venture es también conocido como empresa de riesgo compartido, empresa conjunta. Es una especie de cooperación empresarial, sobre la base de un mercado competitivo, que actúa como contexto en el que tiene lugar la aventura empresarial, con la finalidad de maximizar todas las opciones en que incurre un empresario en el desarrollo de su empresa. Actúa a modo de "asociación empresarial estratégica", conformada por empresas domésticas o de ámbito internacional o entre empresas de ambos tipos, para que mediante la integración, interacción y complementariedad de sus actividades y recursos, buscan alcanzar propósitos comunes. Constituye una de las opciones que las empresas tienen, para tomar decisiones de inversión en cualesquiera que sean sus ámbitos, doméstico o global. También para lograr sinergias y con la búsqueda de beneficios mutuos, compartiendo riesgos endógenos y exógenos a la propia actividad, utilizando en cada momento las diferentes tipologías de uniones o de cooperación, en función del tipo de negocio y país en el que opera.

A bote pronto, las ventajas fácilmente esgrimibles son: 1. Se puede ahorrar dinero cuando los negocios comparten costos operacionales. 2. Se puede ahorrar tiempo cuando los negocios comparten la carga de trabajo. 3. Se puede ofrecer a los clientes nuevos productos y servicios. 4. Incrementar el número de miembros asociados al

⁹ Artículo 8.c LUTE.

¹⁰ Artículo 268 TRLCSP.

¹¹ Artículo 314 TRLCSP.

¹² Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

negocio. 5. Ahorro de costes compartiendo gastos de publicidad y marketing. 6. Con carácter general las ventajas incluyen el compartir costos y riesgos de los proyectos que estarían más allá del alcance de una sola empresa. Son muy importantes las empresas conjuntas en aquellos negocios en los que hay necesidad de fuertes inversiones iniciales para comenzar un proyecto que reportará beneficios a largo plazo (como, por ejemplo, el sector petrolífero o algunas grandes obras). 7. Para cualquier tipología de empresa, independientemente de su tamaño, la joint-venture ofrece una oportunidad de actuar de forma conjunta para superar barreras, incluyendo barreras comerciales en un nuevo mercado o para competir más eficientemente en el actual. Es muy habitual, por tanto, encontrar la creación de empresas conjuntas para acceder a mercados extranjeros que requieren de importantes inversiones y de determinados, pero necesarios conocimientos, llamado know-how específicos del país en el que se intenta entrar (para lo cual uno de los socios suele ser una empresa nacional que conozca el mercado, y el otro aquel que pretende introducir sus productos). Por su parte, el principal riesgo que asumen las empresas que deciden involucrarse en un joint-venture, consiste en el conflicto al que se pueden ver sometidas las distintas empresas o “ventures” que conforman la figura.

El joint-venture es un término inglés que traducido al español significa aventura conjunta o aventura en conjunto o alianza estratégica o alianza comercial o empresa conjunta. Es un tipo de acuerdo comercial de inversión conjunta a largo plazo entre dos o más personas, jurídicas o físicas. En este último caso es habitual la condición de comerciantes de los que se unen. De igual forma un joint-venture también es conocido como «riesgo compartido», donde dos o más empresas se unen para formar una nueva, en la cual se usa un producto tomando en cuenta las mejores tácticas de mercadeo. Cabe mencionar que estas mantienen su autonomía, y estratégicamente son utilizadas para crear una nueva marca o nueva entidad.

El objetivo de una «empresa conjunta» puede ser muy variado, desde la producción de bienes o la prestación de servicios, hasta la búsqueda de nuevos mercados o el apoyo mutuo en diferentes eslabones de la cadena de un producto. Se desarrolla durante un tiempo limitado, con la finalidad de obtener ganancias o beneficios económicos en tanto se desarrolla la “aventura”

Para la consecución del objetivo común, dos o más empresas se ponen de acuerdo en hacer aportaciones de diversa índole a ese negocio común. La aportación puede consistir en materia prima, capital, tecnología, conocimiento del mercado, ventas y canales de distribución, personal, financiamiento o productos. En otras palabras, se intercambia: capital, recursos o el simple know-how (“saber cómo”). Dicha alianza no implicará la pérdida de la identidad e individualidad de cada una de las personas físicas o jurídicas que deciden la “aventura”.

Los motivos fundamentales que suponen la formación de una joint-venture, consisten en unir conocimiento, aptitudes y recursos, compartiendo a su vez las ganancias y los riesgos.

No existen requisitos de constitución de naturaleza formal en principio. Normalmente, las empresas que la conforman actúan bajo formalidades diferentes, con apoyo en muchas de las instituciones típicas del Derecho mercantil. Desde la firma de un contrato de colaboración, a constituir una UTE, o incluso operar a través de una forma societaria de las existentes y que operan ordinariamente en el tráfico jurídico. Sin

embargo, un requisito básico en principio es su carácter temporal, aunque su indeterminación también es posible, precisamente, por su relación con el propio devenir del mercado en el que operan. No obstante, suelen establecerse a mediano o largo plazo, ya que los fines que persiguen no son sencillos de alcanzar, por lo que hacerlo a corto plazo no es lo habitual, debido a las dificultades intrínsecas que supone cualquier tipo de proyecto empresarial a corto plazo.

Los integrantes del joint-venture son denominados “ventures”. Mantienen su identidad e independencia con la condición de empresarios personas físicas o jurídicas que a su vez lo conforman, así como para con los demás “ventures”. Es decir, no van a ser producto de ninguna de las figuras mercantiles de la fusión o absorción con carácter general. Pero, sí procede en su caso la excepción. Cuando uno de los compromisos adquiridos, base del acuerdo de constitución, consiste precisamente en llevarla a cabo a través de una fusión o absorción. Pudiera ser también que los “ventures” se unan solo para la creación de un nuevo producto o la implantación de un canal de distribución de producto, incluso para aprovechar las sinergias de una línea de montaje. Lo que nos lleva a decir sin temor a equívocos, que los motivos son tan plurales como los distintos negocios fruto de la imaginación de un empresario.

Quedaría incompleta la visión de la institución, si no fuera por la necesaria conexión de la misma con la internacionalización de la economía, en un contexto de proceso globalizador. Con la globalización de la economía y la creación de mercados mundiales, tiene lugar un flujo creciente de inversiones internacionales de los países excedentarios de bienes de capital, hacia países con importantes recursos naturales o bien con mercados domésticos propios importantes o que disponen de una mano de obra calificada y poco costosa. Consideraciones de política económica, hacen que tanto en los países excedentarios den capital, como en los que van a ser receptores netos de él, ha supuesto la canalización de gran parte de la inversión, utilizando para ello el método de las llamadas “alianzas estratégicas”, para lo que la figura del joint-venture se convierte en institución de la máxima importancia, que presentan los caracteres de una alianza contractual y temporal concreta, en la que los inversores extranjeros han buscado alianzas con capitales nacionales, llevando a cabo una incursión del capital en mercados desconocidos, con importantes riesgos debido precisamente a su falta de dominio e inseguridades propias de lo que es nuevo.

2.2.2.4. Las cuentas en participación.

Las cuentas son un contrato asociativo de financiación. No suponen un contrato de sociedad. Su formalización es la siguiente: un empresario, llamado cuenta partícipe, aporta capital a un segundo empresario, que se conoce como gestor. Ambos intervinientes deben ser considerados empresarios, personas físicas o jurídicas, pero empresario en cualquier caso. El gestor utiliza el capital aportado por él cuenta partícipe, bien como mecanismo de financiación general de su empresa, o bien como medios de financiación de un negocio creado “ex profeso”, y a cambio se compromete a entregar al cuenta partícipe una parte del beneficio que se vaya generando en concepto de intereses y a de devolución del capital, en los términos que se acuerden. Pero, pudiera ser que existan pérdidas, en lugar de beneficios,

en cuyo supuesto, él cuenta partícipe asume la imputación de las mismas, con cargo a la cifra de capital aportado, con derecho a la restitución de la cifra restante.

El régimen jurídico de la institución, aparece contemplada en los artículos 239 a 243 C.Com., cuyo contenido otorga una amplísima libertad de pactos y una total ausencia de requisitos formales, hasta el punto de no exigirse la formalización de la institución, elevando el acuerdo a escritura pública, sino que se permite que las cuentas en participación se pacten oralmente.

En realidad nos encontramos ante un contrato asociativo, carente de personalidad jurídica y carente de efectos frente a terceros, a lo que viene a referirse de manera expresa el art. 242 C.Com, cuando dice que los acreedores del gestor no tienen acción contra él cuenta partícipe, ni éste contra aquellos.

Curiosamente, hay que advertir que su utilización es habitual. Justificándose ello, en que se ofrece una fórmula muy flexible para llevar a cabo la aportación del capital comprometido, así como en los supuestos de desinversión o retirada del capital aportado en el momento de la constitución. Otra “ventaja” a resaltar consiste en la falta de transparencia de la institución, que se pacta en documento privado y los terceros con los que pacta el gestor, desconocen el nombre del cuenta partícipe y por supuesto las condiciones en cuya virtud, éste y el gestor han acordado el modus operandi y financiero de la cuenta en participación.

2.2.2.5. Sociedades civiles.

Concepto. La sociedad civil es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias, y sin personalidad jurídica propia. Las sociedades civiles con pacto secreto entre sus miembros y en las que las actuaciones de los socios son individuales frente a terceros, no tienen personalidad jurídica. Pudiendo los pactos ser secretos entre sus miembros y por ello, sus actuaciones son individuales frente a terceros. Estas sociedades no tienen personalidad jurídica. Las sociedades civiles con pactos públicos entre sus socios, se denominan sociedad civil pública. Se constituye mediante documento público ante notario, lo que le confiere personalidad jurídica. Se constituyen mediante escritura pública otorgada ante notario e inscripción en el Registro Mercantil, lo que le confiere personalidad jurídica. Las sociedades civiles no están sujetas a formalización, salvo aportación de bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria escritura pública.

Regulación: artículos 1665 al 1708 del Código Civil.

Tipología. 1. Sociedad Civil Particular: tiene por objeto cosas determinadas, o sus frutos, o una empresa determinada, o el ejercicio de una profesión. 2. Sociedad Universal: Sociedad Universal de todos los bienes presentes. Pasan a ser propiedad común de los bienes presentes de todos los socios, así como las ganancias que adquieran con ellos. No se puede incluir los bienes adquiridos posteriormente por herencia, legado o donación, pero sí sus frutos. 3. Sociedad Universal de todas las Ganancias. Comprende todo lo que adquieran los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad. Los bienes muebles e inmuebles que cada socio posee al tiempo de la celebración del contrato, continúan siendo de dominio particular, pasando sólo a la sociedad el usufructo.

Los socios pueden ser capitalistas o industriales, siendo los primeros los que aportan bienes o dinero, y los segundos los que realizan para la sociedad una aportación de trabajo o industria.

Administración de la sociedad civil. La administración de la sociedad está encargada a los propios socios, que pueden prever en el contrato de sociedad, diversas formas de administración: 1. Administrador único: Puede ejercer todos los actos administrativos a pesar de la oposición de sus compañeros, a no ser que proceda de mala fe. Si ha sido nombrado en el contrato social, su poder es irrevocable salvo que concurra causa legítima. Si ha sido nombrado con posterioridad, puede revocarse en cualquier momento. 2. Administradores mancomunados: Si la administración se confía a dos o más socios y se ha estipulado que estos no pueden obrar unos sin el consentimiento de los otros, es necesario el concurso de todos para la validez de los actos. 3. Administradores solidarios: Si la administración se confía a dos o más socios y no se establecen sus funciones ni se establece un régimen de actuación mancomunada, cada uno puede ejercer todos los actos de administración separadamente, pero cualquiera de ellos puede oponerse a las operaciones de otro, antes de que éstas hayan producido efecto legal.

Si en el contrato no se ha estipulado modo alguno de administrar, han de observarse las siguientes normas: 1. Todos los socios se consideran apoderados y lo que cada uno haga por sí solo obliga a la sociedad, pero cada uno puede oponerse a las operaciones de los demás antes de que produzcan efecto legal. 2. Cada socio puede servirse de las cosas que componen el fondo social, según la costumbre del lugar, siempre que no lo haga contra el interés de la sociedad o impidiendo el derecho de uso de los demás socios. 3. Todo socio puede obligar a los demás a sufragar con él los gastos necesarios para la conservación de los bienes comunes. 4. Ningún socio puede sin consentimiento de los demás, modificar los inmuebles en común.

La Sociedad Civil es un contrato privado de colaboración entre dos o más personas que desean realizar conjuntamente una actividad con ánimo de lucro. Estas personas podrán optar entre aportar trabajo, lo cual les convierte en “socios industriales”, y/o bienes o dinero, lo que les convierte en “socios capitalistas”. A pesar de llamarse “sociedad”, una sociedad civil con carácter general, carece de personalidad jurídica propia y no se considera una sociedad mercantil. Sin embargo, la sociedad civil, aunque también tiene un patrimonio societario, se constituye “expresamente” para su intervención en el tráfico mercantil, con el fin de obtener beneficios, aportando cada uno de los socios los bienes, dinero o trabajos necesarios. Al igual que las Comunidades de Bienes, es una opción recomendable en pequeños negocios que no exijan apenas inversiones y en los que se prefiera optar por una gestión sencilla.

Características de la Sociedad Civil: 1. Contrato privado de sociedad civil, en el que se detallan la actividad del negocio, las aportaciones de cada socio, que podrán ser en dinero o en especie, el porcentaje de participación que cada socio tiene en las pérdidas y ganancias, el sistema de administración y representación y las causas de liquidación y disolución. 2. La Sociedad Civil carece de personalidad jurídica propia, no siendo necesario hasta el día 1-1-2016, la elevación a escritura pública ante notario, ni inscribirlas en el Registro Mercantil. Sólo se exigía hasta entonces la elevación a escritura pública, en el caso de existir aportaciones en forma de inmuebles o derechos reales. 3. No existe una cifra de capital mínimo en su constitución. 4. Se rige por el Código de Comercio en materia mercantil y por el Código Civil en cuanto a derechos y obligaciones de los socios. 5. Cada socio es deudor frente a la sociedad de la aportación recogida en contrato y de los intereses correspondientes

en caso de demora. Además responden por los daños o perjuicios que pudieran causarle. 5. La sociedad civil admite diversas formas de administración y representación: administrador único, administradores mancomunados, en la que se exige la firma de todos los administradores o solidarios, en cuyo caso basta la firma de uno, obligando a la sociedad. 6. El mayor inconveniente de este tipo societario consiste en la responsabilidad ilimitada de los socios ante deudas con terceros.

Régimen fiscal. A partir del año 2016, se modifica ostensiblemente el régimen tributario hasta ahora existente. La reforma operada en la LIS, en el artículo 7 y Disposición Transitoria 32ª de la LIS, supone que las sociedades civiles con objeto mercantil, pasarán a tributar por Impuestos sobre Sociedades a partir de 2016. Hasta final de 2015, los socios tributaban por el IRPF. La sociedad civil no tributaba por el impuesto de sociedades. Por lo tanto, los beneficios obtenidos en la actividad empresarial, dejarán de tributar por IRPF en las declaraciones de la Renta de los socios, como “atribución de rentas”, y pasarán a tributar por el tipo del 25% del Impuesto de Sociedades. A efectos prácticos y como medio de determinar la base imponible del impuesto, los socios, deberán ponerse una nómina o facturar a la empresa, según el tipo de actividad que efectivamente realicen en el seno de la empresa, o recoger los beneficios vía dividendos como en cualquier sociedad mercantil, cuando el socio se limita a poner bienes o dinero, no realizando actividad alguna. La LPGE para el año 2016 determina que las sociedades civiles que hasta ahora se encuadraban en el régimen de recargo de equivalencia, dejarán este régimen en cuanto que pasan a ser sujetos pasivos del Impuesto de Sociedades a partir del 1 de enero de 2016.

Además de lo dicho, la reforma operada en su régimen jurídico fiscal, exige una serie de obligaciones, fundamentalmente contables. La contabilidad que comience a llevarse a principios de 2016, exigirá un asiento de apertura en base a un inventario final de 2015, fruto del inventario a final de fin de ejercicio de 2015, incluyendo las posibles reservas generadas, fruto de la gestión positiva de la empresa, que no han sido distribuidas. Por último, se deberá elevar a escritura pública e inscribir en el Registro Mercantil y llevar los libros de contabilidad, tal como exige la normativa.

Este cambio en su régimen fiscal, va a trascender y va a suponer con toda seguridad, el inicio de procesos de transformación, pasando de sociedades civiles a sociedades de responsabilidad limitada. Para ello se exige que la sociedad civil se encuentre inscrita en el registro Mercantil previamente a la transformación. Se debió realizar el acuerdo de transformación antes del 30 de junio de 2015. Los acreedores debieron manifestar por escrito su conformidad. En caso contrario, no impide la transformación pero sí tiene efectos en la responsabilidad de los socios. La transformación debió de elevarse a escritura pública de la transformación ante notario e inscripción posterior en el Registro Mercantil.

Se establece un régimen transitorio en lo concerniente a la tributación cuyos efectos, lo son a partir del día 1-1-2016. Para el caso, en el que se acuerde por la entidad su disolución y liquidación, se continuará aplicando el régimen de atribución de rentas hasta la liquidación, sin que la sociedad civil llegue a adquirir la consideración de contribuyente del Impuesto de Sociedades. El acuerdo de disolución con liquidación debe adoptarse en el primer semestre de 2016 y la sociedad se extinguirá en el plazo de 6 meses desde que se adopte el acuerdo. Si no se acordara la disolución y liquidación o no se cumplieran los plazos, la sociedad civil tendrá la consideración de contribuyente del Impuesto de Sociedades desde 1-1-2016, no resultando de aplicación, el citado régimen de atribución de rentas.

Nada dice la reforma referida sobre las comunidades de bienes. Pero todo hace indicar que las comunidades de bienes, deberán encontrarse en la misma situación que las sociedades civiles, siempre que tengan actividad mercantil, en cuyo caso tendrían el mismo régimen jurídico de la sociedad civil.

Régimen de la Seguridad Social. Con carácter general, los socios deben darse de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de trabajadores autónomos, salvo en casos excepcionales.

Los socios de este tipo de sociedades que aporten su trabajo y asuman la codirección de la empresa y el riesgo y ventura de ella, con responsabilidad ilimitada de todos sus bienes y con la finalidad de obtención de unos beneficios, deberán inscribirse en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

Si no resultan acreditadas las condiciones antes citadas y, por el contrario, se prueba la existencia de una auténtica relación laboral en la prestación de servicios de los comuneros o socios a la comunidad o sociedad, y si ésta actúa realmente en calidad de empresario, los mismos quedarán incluidos en el Régimen General.

Cuando la participación de los socios o comuneros se limite a la aportación de bienes, sin participar en la dirección de la empresa ni poner en común su actividad y limitando su responsabilidad a los bienes aportados, no cabrá incluirlos.

2.2.3. Las agrupaciones de Interés económico.

La Agrupación de Interés Económico está regulada en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupación de Interés Económico. Es una sociedad mercantil que tiene por finalidad facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios. Su objetivo queda circunscrito únicamente a una actividad económica auxiliar de la que llevan a cabo sus socios. Esta caracterización auxiliar de la actividad desarrollada, puede ser considerada como un instrumento de utilización por los miembros que la conforman, que podrá desarrollar actividades complementarias o auxiliares, pero nunca la misma actividad de la de cualquiera de los socios que la integran. La Agrupación de Interés Económico viene a sustituir a la vieja figura de las Agrupaciones de Empresas reguladas primero por la Ley 196/1963, de 28 de diciembre, y más recientemente por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, cuyo régimen jurídico no era ya el adecuado, para regular las necesidades empresariales impuestas por las actuales condiciones de mercado, la creciente necesidad de cooperación inter empresarial que imponen las nuevas circunstancias del mercado, sobre todo desde la integración en el UE. En este contexto de la legislación comunitaria, aparece la institución de la Agrupación Europea de Interés Económico, regulada por el Reglamento (CEE) 2137/1985 del Consejo, de 25 de julio, que se remite a las respectivas legislaciones nacionales, para el desarrollo de sus propias previsiones. Siendo de aplicación directa el Reglamento CEE referido, la legislación española al respecto, dictada para complementarla, se encuentra dispuesta en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupación de Interés Económico. Hay que advertir por lo tanto, el carácter supletorio de la figura española respecto de la europea.

En este sentido, el legislador español ha optado por seguir el modelo alemán, en contraposición del francés, a la hora de llevar a cabo esa adaptación y desarrollo del Reglamento CEE. Así, se puede indicar que el régimen supletorio dispuesto, es el de la sociedad colectiva, imposibilitando de esa forma la reproducción de diferentes formas societarias, que desordenarían la necesaria transparencia del sistema. Sobre todo, considerando que la figura como tal es de nueva aparición en nuestro ordenamiento jurídico.

Estamos en disposición de definir la institución, como aquella sociedad mercantil, con personalidad jurídica propia, cuyo fin es desarrollar alguna actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios, facilitando la actividad de los mismos o mejorando sus resultados. Pongamos algunos ejemplos al respecto de su uso. Desde compartir los gastos de marketing de varias empresas, pasando por la gestión de proyectos de instalaciones energéticas, hasta el aprovechamiento de las ventajas fiscales que podrían incurrir, cuando varios empresarios se asocian en el desarrollo de cualquier proyecto empresarial. Los acuerdos podrán adoptarse en Asamblea de socios, por correspondencia o por cualquier otro medio que permita tener constancia escrita de la consulta y del voto emitido por los socios. Para la adopción de los acuerdos, salvo que en la escritura de constitución se hubieran establecido otros quórum, se requiere la unanimidad, y en todo caso, esta última es exigida en todos los acuerdos de modificación de la escritura de constitución.

La flexibilidad en relación con los requisitos de constitución, patrimonio, clases de socios que se incorporan a la institución, forma de actuar en el tráfico jurídico, relaciones de naturaleza tributaria, es la tónica dominante. Así, no existe cifra de capital mínimo en relación con su constitución, pudiendo funcionar con un simple presupuesto de gastos y admitiendo en su seno socios variopintos, como profesionales liberales, sociedades mercantiles..., puede facturar a terceros directamente, posibilitando también el traslado de las bases imponibles generadas en el contexto de la Agrupación, a los propios socios. Ahora bien, la agrupación no podrá poseer directa o indirectamente participaciones en sociedades que sean miembros suyos, ni dirigir o controlar directa o indirectamente las actividades de sus socios o de terceros.

El régimen de la responsabilidad. La responsabilidad de los socios es subsidiaria de la de la agrupación. Los socios responden personal y solidariamente entre sí por las deudas de la agrupación.

Corresponde a los administradores la representación de la institución. Serán designados en la escritura de constitución o nombrados por acuerdo de los socios. Los administradores, cuya regulación es similar a la establecida para los de las Sociedades Anónimas, deberán ejercitar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. Los administradores responderán solidariamente de los daños causados a la entidad.

2.2.4. Las sociedades agrarias de transformación (SAT).

El artículo 1 Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, que regula las sociedades agrarias de transformación, definen las Sociedades Agrarias de Transformación, como sociedades civiles de finalidad económico-social en orden a la producción, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, promoción y desarrollo agrarios y la prestación de servicios comunes que sirvan a aquella finalidad. Dichas sociedades gozarán de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de su finalidad, desde su inscripción en el Registro General de las Sociedades Agrarias de Transformación del Ministerio de Agricultura y Pesca, siendo su patrimonio independiente del de sus socios. De las deudas sociales responderá, en primer lugar, el patrimonio social, y, subsidiariamente, los socios de forma mancomunada e ilimitada, salvo que estatutariamente se hubiera pactado su limitación.

Es habitual definir las sociedades agrarias de transformación como aquellas sociedades civiles de finalidad económico-social, en relación a la producción, transformación, y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, promoción y desarrollo agrarios así como a la prestación de servicios comunes relacionados con dichos conceptos. Por tanto, poseen personalidad jurídica propia y su habilitación precisa en primer lugar de su constitución y en segundo lugar de su inscripción en el Registro correspondiente.

Además, dichas sociedades pueden asociarse o integrarse entre sí, para desarrollar las mismas actividades, creando una agrupación de sociedades agrarias de transformación, también con personalidad jurídica y capacidad para obrar.

El origen de este tipo de sociedades se remonta a los Antiguos Grupos Sindicales de Colonización desde 1941 y a los "Huertos Familiares".

Las principales diferencias con las sociedades cooperativas consisten en que a las sociedades agrarias de transformación no les afectan como a aquellas, los principios de "libre adhesión y baja voluntaria de los socios", "derecho de ingreso" o "variabilidad del número de socios y del capital social", y en que los acuerdos económicos en los que los socios se comprometen estatutariamente, puede utilizarse el voto proporcional a la participación individual de capital social suscrito por los mismos, en lugar de la regla cooperativa de "un socio, un voto".

Se trata de una forma jurídica especial, formada por un mínimo de tres socios, que han de ser titulares de explotaciones agrarias o trabajadores agrícolas y, en el caso de personas jurídicas, deben perseguir fines agrarios. Ningún socio puede ostentar más del 33 % del capital social de la sociedad. Cuando participan personas jurídicas, éstas no pueden ostentar una participación superior al 50% del capital, formado por el resto de los socios. En las sociedades con un número inferior de socios inferior a diez, la asamblea asume las funciones propias de la junta rectora. En principio, cada socio tiene un voto. Pero, para asuntos de índole económica, el número de votos puede ser proporcional al capital social. En cuanto a la responsabilidad que asumen los socios, rige el principio de separación. Decir que el patrimonio de la sociedad agraria es independiente del de los socios. De las deudas sociales responde, en primer lugar el patrimonio social y subsidiariamente el de los socios de forma mancomunada e

ilimitada, salvo que los estatutos determinen su limitación. El capital social está formado por aportaciones dinerarias y no dinerarias.

Su régimen fiscal aparece determinado con carácter general, en la Disposición Adicional Primera de la Ley 20/1990 de 19 de diciembre, sobre régimen fiscal de las cooperativas. A tal efecto, a las Sociedades Agrarias de Transformación, les será de aplicación, el régimen tributario general, encontrándose sujetas al Impuesto sobre Sociedades, con las excepciones que aparecen recogidas en la referida norma y que van a venir conformada sobre la base de bonificaciones en la cuota o en su caso aparecerán como operaciones exentas, sobre las figuras tributarias ordinarias, de general aplicación cuando se realiza una actividad económica. Las operaciones realizadas por las sociedades con sus socios, se computarán por su valor de mercado. No obstante cuando se trate de sociedades que conforme a sus estatutos, realicen servicios o suministros a sus socios, se computará como precio de las correspondientes operaciones, aquél por el que efectivamente se hubiesen realizado, siempre que no resulte inferior al coste de tales servicios o suministros, incluida la parte correspondiente de los gastos generales de la entidad. En caso contrario se aplicará este último.

Socios y trabajadores estarán encuadrados, bien en el Régimen Especial de trabajadores autónomos, bien en el Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios, integrado en el Régimen Especial para trabajadores por cuenta propia o autónomo y en su caso, en el Sistema especial para trabajadores por cuenta ajena, incluido en el Régimen General de la Seguridad Social.

Los trabajadores por cuenta ajena que figuren incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social a 31 de diciembre de 2011, quedan integrados en el Régimen General de la Seguridad Social desde el 1 de enero de 2012, mediante la creación de un sistema especial, conforme a lo previsto en la Ley 28/2011, de 22 de septiembre. Así mismo y conforme a la norma referida, quedan integrados en el Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena que, en lo sucesivo, 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.

Los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario, integrados con efectos de 1 de enero de 2008, en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos por Ley 18/2007, de 14 de julio, cuando reúnan los siguientes requisitos:

1. Ser titulares de una explotación agraria y obtener, al menos, el 50% de su renta total por su actividad agraria.
2. Que los rendimientos anuales netos obtenidos de la explotación no superen el 75% de la base máxima de cotización del Régimen General en cómputo anual.
3. La realización de forma personal y directa de las labores agrarias en la explotación, aun cuando se ocupen a trabajadores por cuenta ajena
4. Que los rendimientos anuales netos obtenidos de la explotación agraria por cada titular de la misma, no superen la cuantía equivalente al 75% del importe, en cómputo anual, de la base máxima de cotización establecida en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social.

5. La realización de labores agrarias de forma personal y directa en tales explotaciones agrarias, aun cuando ocupen trabajadores por cuenta ajena, siempre que no se trate de más de dos trabajadores fijos o, de tratarse de trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada, que el número total de jornales satisfechos a los eventuales agrarios no supere los 546 en un año, computado de fecha a fecha.

La incorporación a este Sistema Especial, afectará, asimismo, al cónyuge y parientes hasta el tercer grado inclusive, que no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena, mayores de 18 años y que realicen la actividad agraria de forma personal y directa en la explotación familiar.

Los empresarios agrícolas, forestales o pecuarios, que desarrollen su actividad como persona física y no cumplan los requisitos enunciados para su integración en el sistema especial, incluido en el Régimen Especial de trabajadores autónomos, quedarán incluidos obligatoriamente en el Régimen Especial de trabajadores autónomos, regulado en la Ley 18/2007, de 4 de julio. Quedan integrado en el ámbito de aplicación del referido Régimen, los trabajadores mayores de 18 años, que, de forma habitual, personal y directa, realizan una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción a contrato de trabajo. De igual forma los cónyuges y familiares hasta el segundo grado inclusive, por consanguinidad, afinidad y adopción que colaboren con el trabajador autónomo de forma personal, habitual y directa y no tengan la condición de asalariados.

2.2.5. Entidades asociativas y fundacionales.

2.2.5.1. Asociaciones.

Una asociación es una agrupación de personas dotadas de personalidad jurídica, para alcanzar un fin común. Recogida de manera expresa en el artículo 22.1 CE, la asociación debemos considerarla el género, dentro del que se encuentran varias especies, las que tengan un fin de interés público¹³ y las de interés particular¹⁴. Dentro de estas últimas hay que distinguir a su vez, aquellas que traen su causa y se constituyen conforme a lo dispuesto en el artículo 1665 y siguientes del CC, reguladores del contrato de sociedad y las asociaciones “stricto sensu”, conforme a la ley de Asociaciones y su desarrollo reglamentario¹⁵. La CE exige que el fin sea lícito, sin definirlo. Ahora bien, indica que deben negarse la consideración de Asociaciones, a aquellas que persigan un fin delictivo o actuación paramilitar¹⁶. Se consideran extinguidos varios preceptos de los invocados, como regulador de su régimen jurídico, anteriores la CE y que son: las autorizaciones administrativas previas con efectos

¹³ Artículo 35.1 CC.

¹⁴ Artículo 35.2.CC.

¹⁵ Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación y Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones.

¹⁶ Artículos 22.2 y 5 CE.

constitutivos, ya la consideración de la inscripción en el registro público establecido al efecto, a los solos efectos de publicidad.

Persona jurídica que se constituye mediante el acuerdo de tres o más personas, para alcanzar un fin común. La asociación sin ánimo de lucro se crea para favorecer a terceros y no para recibir beneficios ni gozar de sus servicios, por lo cual, los beneficios que se obtengan del desarrollo de las actividades de la asociación, se destinarán a la propia entidad, para que ésta pueda seguir desarrollando sus actividades de forma que la colectividad obtenga de la mejor manera, los objetivos que la asociación persigue.

Ha habido un momento importante en la vida social española, en la que las asociaciones han despuntado y se han hecho un hueco importante en la propia sociedad, como prestadoras de servicios, algunos de ellos, con buena lógica atribuidos en principio a la propia Administración, en el contexto del llamado Estado del Bienestar.

La reestructuración del Estado de bienestar en la sociedad actual, ha supuesto la extensión y auge del asociacionismo y que desde la dimensión laboral, deben ser reconocidas como empresas, que contratan trabajadores, al unísono que perciben la colaboración en la prestación de servicios por los voluntarios. Desde la perspectiva laboral, a diferencia de la mercantil, el concepto de empresario, no exige perseguir ánimo de lucro, sino simplemente asumir su condición de empleador, como contratante de trabajadores por cuenta ajena. Así se considera, que la empresa sin ánimo de lucro tal y como consideramos a la asociación, tiene una particular capacidad de creación de empleo, al disponer de una especial iniciativa de respuesta, a las necesidades sociales, que ni el sector privado, ni el sector público pueden desarrollar, especialmente en áreas como los servicios sociales. Estas entidades aparecen como uno de los nuevos yacimientos de empleo, en los que las asociaciones y fundaciones tienen ventajas comparativas indudables, con relación a la calidad de su intervención en la satisfacción de las necesidades sociales, donde el coste y las prestaciones del servicio, posiblemente imposibilite hacerlo bajo otra modalidad de empresario-empleador. El ámbito de la contratación laboral en estas entidades es sumamente peculiar, ya que suele suponer la contratación de trabajadores asalariados ordinarios, cooperantes internacionales, que los hay de carácter asalariados, con un régimen jurídico peculiar y también no asalariado o meramente voluntarios. Figura la del voluntario, de común uso en las asociaciones y entre cuyas características fundamentales, hay una básica y definitoria, no reciben contraprestación económica por los servicios prestados a la asociación, que son definidos como voluntarios.

La asociación sin ánimo de lucro se crea para favorecer a terceros y no para recibir beneficios ni gozar de sus servicios, por lo cual, los beneficios que se obtengan del desarrollo de las actividades de la asociación, se destinarán a la propia entidad para que ésta pueda seguir desarrollando sus actividades, de forma que la colectividad obtenga de la mejor manera, los objetivos que la asociación persigue.

El patrimonio inicial que toda asociación deba poseer, sería el formado por el conjunto de bienes y derechos que los socios aportan a aquella en el momento de su constitución. Dicho patrimonio inicial puede verse posteriormente incrementado, mediante cualesquiera recursos complementarios, entre los cuales cabe citar las aportaciones o cuotas que acuerden los socios, así como las donaciones, subvenciones, legados, herencia etc., que pudiera recibir la asociación de terceros.

Su mecanismo de funcionamiento ordinario se realiza a través de la asamblea general, junta directiva y su presidente.

La normativa específica del voluntariado se encuentra en la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, que ha derogado la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado, que reguló por vez primera, en el ámbito estatal, el voluntariado en nuestro país, lo que supuso un hito importante en su reconocimiento y fomento. Casi veinte años después, esta Ley se ha visto desbordada por la realidad de la acción voluntaria y se hace necesario un nuevo marco jurídico, que responda adecuadamente a la configuración y a las dimensiones del voluntariado en los comienzos del siglo XXI, tal y como expone la Exposición de Motivos de la Ley 45/2015. Además, es preciso invocar al respecto a la CE, que reconoce en su artículo 92. 2, la libertad de todos los ciudadanos para participar en la vida social, correspondiendo a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, cultural y social. De igual forma indicar por ser de aplicación en España, los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país. Entre ellos, la Carta Social Europea, que obliga al Estado español a fomentar la participación de los individuos y organizaciones en los Servicios Sociales. Su artículo 14, se refiere al derecho a los beneficios de los servicios sociales. De tal forma, que para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, las partes se comprometen: a fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social y a estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios.

Queda patente pues, que el legislador español ha adecuado el ordenamiento a las exigencias que la CE y los Tratados Internacionales firmados por España exigen. Siendo además un motivo importante a resaltar, el hecho que la legislación aplicable al respecto, proporcione criterios para la solución de conflictos entre los voluntarios y sus organizaciones, cuando se dilucida la condición de trabajador o de voluntario, en el devenir de la actividad de una asociación. Estos conflictos pueden surgir, además cuando no discutiéndose la existencia o no, de una relación laboral, por quedar claro que la relación es la de voluntariado, sino que pueden originarse situaciones de conflicto en relación con gastos soportados por el voluntario en el ejercicio de su condición, perjuicios e incluso las consecuencias que se deriven de un accidente en el ejercicio de su actividad como voluntario.

El régimen jurídico laboral y de la Seguridad Social, debe permitir el deslinde entre trabajo asalariado y el voluntario, necesario (aunque en la práctica va a resultar compleja la diferenciación en múltiples supuestos), para distinguir entre la legítima reclamación de un falso voluntario, es decir, un trabajador y el caso contrario, consistente en aquellos supuestos, en los que el devenir de la realización de la actividad como voluntario, por las circunstancias que fueran, exigiese el reconocimiento de su condición de trabajador y los efectos jurídicos que ello supone, fundamentalmente el salario y el alta en la Seguridad Social (casos de simulación del contrato de trabajo).

Aplicándosele pues a los trabajadores que prestan servicios como tales en las asociaciones, la normativa laboral y de Seguridad Social ordinaria, no le es de aplicación tampoco a los voluntarios la misma. Lo que supone la exclusión de la regulación laboral ordinaria y de la Seguridad Social, en cuanto que los trabajos voluntarios se realizan de forma desinteresada y benevolente. Por eso están excluidos de la regulación laboral y de la de la Seguridad Social. Lo que se deduce de la aplicación del artículo 1.3.d ET, que excluye de su ámbito de regulación a los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, en lo concerniente a la ausencia de relación de trabajo, mientras que la exclusión del ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social, aparece recogido en el artículo 62.a LGSS, que igualmente excluye de su ámbito a los trabajos que se ejecuten ocasionalmente mediante los llamados servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad.

En cuanto al régimen fiscal, las asociaciones se consideran sujetos pasivos del Impuesto de Sociedades por ser personas jurídicas, según el Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo de 2004. Sin embargo, en los términos del su art. 9.3 se considerarán parcialmente exentas por ser entidades sin ánimo de lucro, a las que no les resulta aplicable la Ley 49/2002 (aplicable a las asociaciones de utilidad pública. En cuanto al régimen fiscal de las asociaciones de utilidad pública, se aplicará el mismo régimen que a las fundaciones. La normativa del impuesto de sociedades contempla una serie de tipos impositivos reducidos para entidades especiales. Es necesario en cada caso, mirar los requisitos a cumplir para beneficiarse de estos tipos reducidos. Tipo reducido del 10% para asociaciones y fundaciones: aplicable a aquellas asociaciones declaradas de utilidad pública y a las fundaciones inscritas en el registro correspondiente, a las que sea susceptible de aplicación el régimen fiscal establecido en la Ley 49/2002, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo.

2.2.5.2. Fundaciones.

Organización constituida sin fin de lucro, que por voluntad de su creador fundador, tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Su régimen jurídico aparece contenido básicamente en la Ley 50/2002 de diciembre, de Fundaciones. Que le otorgan personalidad jurídica propia, debiendo constituirse mediante escritura pública, que será inscrita en el registro correspondiente. El desembolso fundacional podrán ser bienes y derechos de cualquier clase y siempre en la cantidad adecuada y suficiente para el cumplimiento de sus fines, presumiéndose esta en la cantidad de 30.000 €. Los órganos de administración quedan circunscritos al Protectorado y patronos.

El patrimonio de la fundación está formado por todos los bienes, derechos y obligaciones, susceptibles de valoración económica que integren la dotación. También forman parte del patrimonio, aquellos bienes, derechos y obligaciones que se adquieran con posterioridad a su constitución. La fundación debe figurar como titular de todos los elementos que componen su patrimonio, los cuales deben estar recogidos en un inventario anual.

Actividades económicas que pueden desarrollar, serán todas aquellas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias a las mismas. Pueden intervenir en otras a través de su participación en sociedades mercantiles, en las que no se responda personalmente de las deudas sociales, si bien sí la participación en otras sociedades mercantiles, es mayoritaria deben de comunicarlo al Protectorado y en el caso de que recibiesen una participación en una sociedad mercantil en la que deba responder personalmente de las deudas sociales, bien como dotación inicial o como un bien posterior, deberá proceder a su venta. Deberá destinar al menos el 70% de los resultados de las explotaciones económicas que desarrollen y de los ingresos que se obtengan descontados los gastos, a incrementar bien la dotación o bien las reservas. En el cálculo de los ingresos, no se incluirán las aportaciones recibidas en concepto de dotación, ya sean dadas en el momento de la constitución de la fundación o con posterioridad. Tampoco se incluirán como ingresos, los obtenidos en la transmisión onerosa de bienes inmuebles, en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad, siempre que el importe obtenido se reinvierta en otros inmuebles con la misma finalidad.

El elemento de gestión básico de la fundación son los patronos que actúan como Patronato, órgano de gobierno y de representación por excelencia de la misma. La responsabilidad de los patronos va quedar circunscrita a desempeñar su cargo con la diligencia de un representante leal, respondiendo en caso contrario solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos. Responder solidariamente por los actos realizados sin la diligencia debida. Una vez inscrita en el Registro, los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados. Por otra parte, salvo que el fundador hubiera dispuesto lo contrario y previa autorización del Protectorado, el Patronato podrá fijar una retribución a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de sus funciones como patronos.

En relación con su régimen fiscal, las fundaciones se considerarán sujetos pasivos del impuesto de Sociedades por ser personas jurídicas. Sin embargo la Ley 149/2002 de 23 de diciembre de Régimen Fiscal de entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, prevé que estarán exentas de determinadas rentas y explotaciones económicas tales como, donaciones para colaborar con los fines de la entidad, cuotas de los asociados, ciertas subvenciones...Por otra parte, esta misma Ley establece que la base imponible positiva que corresponde a las rentas derivadas de explotaciones económicas no exentas será gravada al tipo del 10%. Y para poder acogerse a este régimen especial, se debe manifestar la opción de forma que la entidad deberá comunicar a la Administración Tributaria su opción por dicho régimen, a través de la correspondiente declaración censal.

El régimen jurídico laboral y de la Seguridad Social aplicable a las asociaciones, es en principio aplicable a las fundaciones, dándose la doble opción de considerar trabajadores por cuenta ajena y voluntarios. Una sola salvedad corresponde a los patronos. Sí desarrollan actividades distintas a las propias de patronos, esto es, desarrollan actividades por cuenta de la fundación, estarán expresamente incluidos en el ámbito de aplicación del régimen general de la Seguridad Social, en el artículo 136.2.h

LGSS, que dispone la inclusión de las personas que presten servicios retribuidos en las entidades o instituciones de carácter benéfico-social.

En cuanto al régimen fiscal, las fundaciones se consideran sujetos pasivos del Impuesto de Sociedades por ser personas jurídicas. Le son de aplicación el tipo reducido del 10%, aplicable a aquellas fundaciones inscritas en el registro correspondiente, a las que sea susceptible el régimen fiscal establecido en la Ley 49/2002, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo.

2.2.6. Sociedades mercantiles.

2.2.6.1. Sociedades Colectivas.

La sociedad colectiva es definida como una sociedad de personas. La sociedad colectiva se apoya en el elemento “intuitu personae”, como sustento de su cualidad personalista y de trabajo. La razón social tiene que ser subjetiva, nombre de uno, varios o todos los socios. Dichos principios tienen las siguientes consecuencias jurídicas: 1. La no transmisibilidad de la condición de socio; 2. La administración y gestión de la sociedad en manos de los propios socios; y 3. La responsabilidad ilimitada, personal y solidaria de todos ellos.

La sociedad colectiva una vez inscrita en el registro mercantil, goza de personalidad jurídica independiente de la de sus socios¹⁷. Sin embargo, los socios siguen respondiendo ilimitadamente de las deudas sociales. Esto hace que la sociedad colectiva resulte muy poco atractiva para los propios socios. En la práctica tiene poca virtualidad su utilización para operar en el tráfico jurídico mercantil. Pero, su estudio y análisis es importante, no solo porque regula el régimen jurídico de dicha figura contractual, sino que es de aplicación también en los casos de sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitadas irregulares¹⁸ y en general en casos de sociedades irregulares.

La regulación jurídica de la sociedad colectiva es prácticamente la misma desde la promulgación del C.Com en 1885. La característica esencial de su régimen jurídico es su carácter dispositivo: los socios tienen una amplísima libertad para pactar las reglas sociales, siempre que sean “lícitas y honestas” y no estén “prohibidas por este Código”¹⁹.

Con carácter general su régimen jurídico aparece recogido en los artículos 125 a 144 C.Com. Además, la normativa reguladora de los derechos y obligaciones de los socios, se encuentra en los artículos 170 a 174 y sobre la liquidación de la sociedad en los artículos 218 a 237. Los referidos artículos del C.Com tienen su reflejo en Reglamento

¹⁷ Artículo 116 C.Com.

¹⁸ Artículo 39 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Sociedades de Capital (LSC).

¹⁹ Artículo 117 C.Com.

del Registro Mercantil²⁰, artículos 209 a 212, que recoge las reglas sobre inscripción de la sociedad y artículos 238 a 248, en los que se regulan la disolución y liquidación.

La administración de la sociedad parte de la siguiente premisa, consistente en que son los propios socios los que administran la sociedad. De ahí que el art. 129 C.Com prevé que cualquier socio tiene la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes. Cuando existe una pluralidad de ellos, el C.Com ordena que los socios presentes se pondrán de acuerdo, o sea, se exige la unanimidad de todos.

Los derechos de los socios pueden catalogarse como de dos tipos, los económicos y los políticos. Los primeros consisten en participar en las ganancias y en el patrimonio que resulte en caso de liquidación de la sociedad. El C.Com se limita a establecer una regla para el caso de que no se hubiera pactado nada: el reparto de beneficios se hace a prorrata de la aportación al capital social²¹. Tampoco sería válido el pacto por el que se excluya totalmente a un socio de la participación en beneficios²². Los segundos, es decir, los derechos políticos consisten en participar como administrador en la gestión y en obtener información sobre la marcha de la sociedad. Derecho a la información consistente en el derecho a examinar la administración y contabilidad de la sociedad, conforme a lo dispuesto en el artículo. 133 C.Com.

Las obligaciones de los socios pueden sistematizarse como sigue. Los socios tienen que aportar los bienes o el dinero que hubieran comprometido en los pactos sociales²³, el incumplimiento de esta obligación supone para la sociedad exigir el cumplimiento o excluirles de la sociedad²⁴, con retención por ella de las cantidades ya satisfecha. Los socios están obligados a asumir la imputación de las pérdidas que se produzcan en la proporción pactada²⁵ y si no se hubiera pactado nada, a prorrata del capital aportado. Los socios no administradores no deben entorpecer la gestión de los socios administradores²⁶. Los socios tienen un deber de actuar lealmente frente a la sociedad. La transmisión de la cualidad de socio constituye una modificación de los pactos sociales, y como tal, exige consentimiento unánime de los demás socios²⁷. De igual forma hay que obrar en caso de fallecimiento²⁸.

Diferencia notable representa el régimen de las obligaciones de los socios industriales, que están obligados a aportar sólo su actividad.

El régimen de la responsabilidad de los socios tiene una característica que despunta sobre el resto, consistente en que los socios responden ilimitadamente de las deudas sociales²⁹. A modo de síntesis, enumeramos la asunción de responsabilidades por los socios: 1. Personal: los socios responden con todo su patrimonio personal. 2. Subsidiaria: el acreedor se dirigirá en primer lugar contra el patrimonio de la sociedad y

²⁰ Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

²¹ Artículo 140 C.Com.

²² Artículo 1691 CC, por analogía.

²³ Artículo 171 C.Com.

²⁴ Artículo 170 C.Com.

²⁵ Artículo 141 C.Com.

²⁶ Artículo 131 C.Com.

²⁷ Artículo 143 C.Com.

²⁸ Artículo 222 C.Com.

²⁹ Artículo 127 C.Com.

en caso de insuficiencia de este para saldar la deuda, el acreedor podrá dirigirse contra el patrimonio de los socios³⁰. 3. Solidaria: ante la insuficiencia del patrimonio societario para hacer frente al derecho de crédito del acreedor, lo mismo da que sean deudas sociales contractuales, como extracontractuales, todos los socios responden solidariamente, por la totalidad de las deudas sociales que les sean exigidas.

La separación y la exclusión de los socios tienen su especial régimen jurídico en este tipo societario, dado su especialísimo carácter personalista. Todo socio en una sociedad de duración indefinida, puede solicitar en cualquier momento su separación voluntaria de la sociedad, solicitud a la que los demás socios no se pueden oponer, salvo mala fe del socio que pretende separarse³¹. En lo concerniente a la exclusión de socios³², esto es, cuando la separación del socio se propone por el resto, proposición justificada por el resto de socios, como sanción por la conducta del socio al que se pretende excluir, se le denomina rescisión parcial, consistente en el comportamiento incorrecto de uno de los socios que incumpla sus obligaciones, cometa fraude, haya realizado por cuenta propia operaciones que le estaban prohibidas o haya realizado funciones administrativas para las que no era competente. Las consecuencias suponen una gran carga para el socio que se excluye. Deberá contribuir a las pérdidas existentes y no podrá reclamar su parte en el haber social, hasta que no estén liquidadas todas las operaciones pendientes³³. Se exige para llevar a cabo la exclusión un acuerdo unánime de los restantes socios, lo que se deduce de la dicción del artículo 239.2.RRM, referido a la inscripción de la disolución de la sociedad en virtud de escritura pública, otorgada por todos los socios colectivos, o en virtud de testimonio judicial de la sentencia firme, por la que se hubiera declarado la disolución de la misma.

El régimen de Seguridad Social de los socios colectivos en las sociedades regulares colectivas, que desarrollen su actividad como tal, a título lucrativo y de forma personal, habitual y directa, se consideran incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. A tal efecto hay que hacer constar lo dispuesto en el artículo 1.2 (ámbito de aplicación subjetivo: supuestos incluidos) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, por el que se declaran expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, 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, declarándose expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, siempre que cumplan los requisitos a los que se refiere el apartado anterior: los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias. A lo que añadir lo dispuesto en el artículo 3 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (sujetos incluidos). Estarán obligatoriamente incluidos en este Régimen Especial de la Seguridad Social, los españoles mayores de dieciocho años, cualquiera que sea su sexo y su estado civil, que residan y ejerzan normalmente su actividad en el

³⁰ Artículo 237 C.Com.

³¹ Artículo 224 C.Com.

³² Artículo 218 C.Com.

³³ Artículo 219 C.Com.

territorio nacional y se hallen incluidos en alguno de los apartados siguientes: Los socios de las Compañías regulares colectivas y los socios colectivos de las Compañías comanditarias que trabajan en el negocio con tal carácter, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa.

El régimen jurídico de los trabajadores que presten servicios como tales para las referidas sociedades, es el ordinario y a ello nos remitimos.

Régimen fiscal de las sociedades colectivas. Tributan por el Impuesto de Sociedades. A tal efecto hay que ver el artículo 28 del R.D. Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, tributando mediante el mismo los beneficios que obtengan derivados de su actividad. Para saber el tipo impositivo del impuesto de sociedades que se debe aplicar en cada caso, deben considerarse las siguientes opciones: 1. Tipo general: 30%: con la entrada en vigor de la reforma fiscal, en 2015 el tipo general del impuesto de sociedades se reduce hasta el 28% y en 2016 hasta el 25%. 2. Tipo reducido del 25% para pymes (empresas de reducida dimensión tipo I): aplicable a los primeros 300.000 euros de base imponible en sociedades cuya cifra de negocios en el ejercicio anterior sea menor de 10 millones de euros. A partir de 300.000 tributa al 30% general y tipo reducido del 25% para microempresas (empresas de reducida dimensión tipo II): aplicable a la base imponible que exceda de 300.000 euros, siempre que se cumplan los siguientes tres requisitos: plantilla media anual inferior a 25 empleados, facturación anual inferior a 5 millones de euros y que la plantilla de trabajadores se haya mantenido o incrementado desde que se empiece a aplicar este tipo reducido. Si la empresa no tiene trabajadores contratados en plantilla no es aplicable este tipo (ejemplo: sociedades dónde sólo trabajan los socios o administradores). 3. Tipo reducido del 20% para microempresas: aplicable a los primeros 300.000 euros de base imponible en sociedades que cumplan los tres requisitos mencionados en el punto anterior. 4. Tipos reducidos del 20% y el 15% para emprendedores: aplicable durante dos años a sociedades constituidas a partir del 1 de enero de 2013. Se aplicará en el primer periodo impositivo en que la base imponible resulte positiva (y por tanto nos obligue a pagar el impuesto de sociedades) y en el siguiente. Se aplicará el tipo del 15% a la base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros y el 20% a la restante. Será requisito necesario que se considere que la sociedad supone el inicio de una actividad económica.

2.2.6.2. La sociedad comanditaria simple.

El C.Com daba la siguiente definición a este tipo societario, como aquella “en que uno o varios sujetos aportan capital determinado al fondo común, para estar a las resultas de las operaciones sociales dirigidas exclusivamente por otros con nombre colectivo”.

Dentro de la tipología del género de las sociedades comanditarias, aparecen dos especies, a saber, la comanditaria simple, sociedad personalista, y la comanditaria por

acciones, capitalista, regulada en la LSC, que ha derogado la sección 4ª del título I del libro II, artículos 151 a 157 C. Com., relativa a dicho tipo social.

La sociedad comanditaria simple se define como la sociedad de tipo personalista que ejercita una actividad mercantil y se caracteriza por la coexistencia de socios colectivos, que responden ilimitadamente de las deudas sociales y cuyo nombre ha de servir para formar la razón social y de los socios comanditarios cuya responsabilidad es limitada.

Los socios colectivos de la sociedad comanditaria tienen los mismos derechos y obligaciones que los socios de la sociedad colectiva. En principio los socios colectivos y comanditarios se sitúan en un plano de igualdad, pero el régimen de responsabilidades es diferente y los socios comanditarios no pueden participar en la gestión de la sociedad.

La gestión de la sociedad comanditaria se encomienda a los socios colectivos, y se prohíbe realizarla a los socios comanditarios. Los socios comanditarios no pueden hacer actos frente a terceros en nombre de la sociedad. La representación de la sociedad solo podrá ser conferida a los socios colectivos, dado que el socio comanditario tiene la prohibición de gestionar la sociedad. La responsabilidad del comanditario por las deudas sociales, queda limitada a lo que ha aportado a la sociedad. Si se incluye su nombre en la firma social, no pasará a ser socio colectivo, pero responderá ilimitadamente.

Régimen fiscal de las sociedades comanditarias simples. Tributan por el Impuesto de Sociedades. (Ver régimen fiscal de las sociedades colectivas).

El régimen de Seguridad Social de los socios colectivos en las sociedades comanditarias simples, que desarrollen su actividad como tal, a título lucrativo y de forma personal, habitual y directa, se consideran incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. (Ver el régimen aplicable en el caso de las sociedades colectivas).

El régimen jurídico de los trabajadores que presten servicios como tales para las referidas sociedades, es el ordinario y a ello nos remitimos.

2.2.6.3. La sociedad comanditaria por acciones.

Se define como aquella sociedad que teniendo todo el capital social dividido en acciones, encarga la administración social a uno o más accionistas, que responderán personal y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante su gestión. Tiene una ventaja importante sobre las sociedades colectivas y las comanditarias simples, consistente en la posibilidad de atraer inversores capitalistas. Los inconvenientes principales se pueden sintetizar en dos: 1. La necesidad de contar con un capital mínimo de 60.101,21 euros, en iguales términos a los efectos de la cantidad, que la dispuesta para la constitución de las sociedades anónimas. 2. La sociedad queda sometida a algunos complicados trámites en la vida social, similares a los de las sociedades anónimas.

Al igual que en la sociedad comanditaria simple, para su constitución se requiere la escritura pública de constitución y la inscripción en el Registro Mercantil. En la denominación se puede utilizar el nombre de todos los socios colectivos, de alguno de ellos o de uno solo, o bien utilizar una denominación objetiva, indicando en todo caso "Sociedad en Comandita por Acciones".

El capital social está dividido en acciones, que podrán ser nominativas o al portador, pudiendo emitirse acciones privilegiadas y no puede ser inferior a 60.101,21 €, que en el momento de la constitución deberá estar suscrito y desembolsado como mínimo en un 25%. Hay un número mínimo de socios, dos, pero no lo hay máximo.

El régimen de la responsabilidad de los socios, es diferente en función de la condición de los tipos de socios, connaturales a este tipo societario, socios colectivos y comanditarios. Los primeros, tienen una responsabilidad ilimitada y solidaria. Es ilimitada, porque la responsabilidad no queda circunscrita al capital aportado por el socio, sino que afecta a todos sus bienes, presentes y futuros, quedan afectos a la responsabilidad que asumen. También es solidaria, porque los acreedores pueden dirigirse contra cualquier socio colectivo y por ende administrador, por el importe total de la deuda, sin perjuicio del derecho de repetición que le asiste al socio, de dirigirse contra los demás, reclamando al resto de socios colectivos. Los comanditarios, sólo responden de las deudas sociales hasta el montante de su aportación al capital social.

El régimen de la administración queda circunscrito a la organización de los órganos sociales y a los administradores. Dos son los órganos encargados de la administración: 1. Junta General, que se regirá por las disposiciones de la LSC³⁴. 2. Los socios administradores, que tendrán las facultades, los derechos y deberes de los administradores en la sociedad anónima. Sólo podrán ser administradores los socios colectivos³⁵.

Los administradores, llevan a cabo la administración de la sociedad, estando necesariamente a cargo de los socios colectivos, quienes tendrán las facultades, los derechos y deberes de los administradores en la sociedad anónima. El nuevo administrador asumirá la condición de socio colectivo, desde el momento en que acepte el nombramiento. La separación del cargo de administrador requerirá la modificación de los estatutos sociales. El cese del socio colectivo como administrador, pone fin a su responsabilidad ilimitada con relación a las deudas sociales, que se contraigan con posterioridad a la publicación de su inscripción en el Registro Mercantil. En los acuerdos que tengan por objeto la separación de un administrador, el socio afectado deberá abstenerse de participar en la votación.

Cuestión que adquiere cierta relevancia por la especial idiosincrasia del tipo societario objeto de análisis, es el relacionado con la transmisión de las acciones. Tratándose de acciones nominativas, los administradores, una vez que resulte acreditada la transmisión, la inscribirán de inmediato en el libro-registro de acciones nominativas. Una vez impresos y entregados los títulos, la transmisión de las acciones al portador se hará por la tradición del documento. Las acciones nominativas también podrán

³⁴ Artículo 252 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.

³⁵ Artículo 155 del Código de Comercio.

transmitirse mediante endoso. La transmisión habrá de acreditarse frente a la sociedad mediante la exhibición del título. Los administradores, una vez comprobada la regularidad de la cadena de endosos, inscribirán la transmisión en el libro-registro de acciones nominativas.

Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones. Sólo serán válidas las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos. Cuando las limitaciones se establezcan a través de modificación estatutaria, los accionistas afectados que no hayan votado a favor de tal acuerdo, no quedarán sometidos a él durante un plazo de tres meses a contar desde la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción. La transmisibilidad de las acciones solo podrá condicionarse a la previa autorización de la sociedad, cuando los estatutos mencionen las causas que permitan denegarla. Salvo prescripción contraria de los estatutos, la autorización será concedida o denegada por los administradores de la sociedad. En cualquier caso, transcurrido el plazo de dos meses desde que se presentó la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerará que la autorización ha sido concedida.

Transmisiones mortis causa. Las restricciones a la transmisibilidad de las acciones por causa de muerte, sólo serán aplicables si lo establecen expresamente los estatutos. En este supuesto, la sociedad deberá presentar al heredero un adquirente de las acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por su valor razonable, siendo este el que determine un auditor independiente, que practique la valoración.

Transmisiones forzosas. Se aplicará cuando la adquisición de las acciones se haya producido como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución.

El régimen fiscal es similar al establecido para la comanditaria simple.

El régimen de Seguridad Social de los socios administradores (colectivos), es el dispuesto para las sociedades colectivas.

El régimen jurídico de los trabajadores que presten servicios como tales para las referidas sociedades, es el ordinario y a ello nos remitimos.

2.2.6.4. La sociedad de responsabilidad limitada.

Se define la sociedad de responsabilidad limitada (SL) como aquella sociedad en la que el capital social, que estará dividido en participaciones sociales, indivisibles y acumulables, estará integrado por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales. Es un tipo de sociedad de carácter mercantil, en el que la responsabilidad está limitada al capital aportado. Debe figurar necesariamente la indicación “Sociedad de Responsabilidad Limitada” o SL.

Es una sociedad de capital, cualquiera que sea la naturaleza de su objeto, con carácter mercantil y personalidad jurídica propia. Deberán llevar un Libro de inventarios y Cuentas anuales, un Libro diario, un Libro de actas que recogerá todos los acuerdos tomados por las Juntas Generales y Especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad, un Libro registro de socios, en el que se harán constar la titularidad originaria y las transmisiones de las participaciones sociales.

La cifra de capital mínimo exigible para su constitución es de 3.000,00 €. No obstante podrán constituirse sociedades de responsabilidad limitada con una cifra de capital social inferior al mínimo legal. Son las llamadas Sociedades Limitadas en régimen de formación sucesiva. Mientras no se alcance la cifra de capital social mínimo de 3.000 euros, la sociedad de responsabilidad limitada estará sujeta al régimen de formación sucesiva, de acuerdo con las siguientes reglas: 1. Deberá destinarse a la reserva legal, una cifra al menos igual al 20 por ciento del beneficio del ejercicio sin límite de cuantía. 2. Una vez cubiertas las atenciones legales o estatutarias, sólo podrán repartirse dividendos a los socios, si el valor del patrimonio neto no es, o a consecuencia del reparto, no resultare inferior al 60 por ciento del capital legal mínimo.

Los órganos sociales están integrados por la Junta General de socios y los Administradores.

Junta General de socios: Órgano deliberante que expresa en sus acuerdos la voluntad social y cuya competencia se extiende fundamentalmente a los siguientes asuntos: 1. Censura de la gestión social, aprobación de cuentas anuales y aplicación del resultado. 2. Nombramiento y separación de los administradores, liquidadores, y en su caso de auditores de cuentas. 3. Modificación de los estatutos sociales. 4. Aumento o reducción del capital social. 5. Transformación, fusión y escisión de la sociedad. 6. Disolución de la sociedad.

Los Administradores son definidos como el órgano ejecutivo y representativo al unísono. Es decir, es el órgano competente para la adopción de decisiones relativas al devenir ordinario del negocio en que consiste la empresa, amén de ostentar la representación de la sociedad en sus relaciones referidas con el tráfico jurídico. La competencia para el nombramiento de los administradores, corresponde exclusivamente a la Junta General. Salvo que los estatutos establezcan lo contrario, se requerirá la condición de socio para acceder a la condición de administrador.

La normativa directamente aplicable a dicho tipo societario es la siguiente:

- Real Decreto Legislativo 1/2010 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva.
- Orden JUS/1840/2015, por la que se aprueba el modelo de escritura pública en formato estandarizado y campos codificados de las sociedades de responsabilidad limitada, así como la relación de actividades que pueden formar parte del objeto social

- Real Decreto-ley 13/2010, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.
- Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

La llamada tramitación exprés para la constitución de dicho tipo societario. A finales del 2010 se aprobó el Real Decreto-Ley 13/2010, con un conjunto de medidas orientadas a impulsar la competitividad empresarial, cuyo artículo 5, referido a medidas para agilizar y simplificar la constitución de sociedades mercantiles de capital, menciona aquellas que afectan directamente a la creación de empresas: 1. Exención del pago del Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, en la constitución de sociedades. 2. Exención del pago de tasas en la Publicación de la inscripción de la sociedad en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, cuando el capital social sea menor de 30.000 € y no tenga socios personas jurídicas. 3. Una reducción de los aranceles y los tiempos aplicables a los notarios y registradores, para ciertos tipos de sociedades de responsabilidad limitada por vía telemática.

Otra novedad digna de resaltar es la creación de sociedades vía telemática, para el caso de sociedades con un capital social menor de 30.000€ y sin socios personas jurídicas. El notario otorgará la escritura de constitución en el mismo día en el que reciba la certificación negativa de denominación expedida por el Registro Mercantil Central. Por su parte, el registrador mercantil procederá a la calificación e inscripción en el plazo de tres días hábiles, a contar desde la recepción telemática de la escritura. Les serán de aplicación como aranceles notariales y registrales, los establecidos en el Real Decreto Ley 13/2010. Incluso, se aceleran los trámites de constitución, cuando se dan las siguientes condiciones: sociedades con capital social inferior a los 3.100 €, sin socios personas jurídicas y cuyos estatutos se adapten a algunos de los aprobados por el Ministerio de Justicia. El notario otorgará la escritura de constitución en el mismo día en el que reciba la certificación negativa de denominación expedida por el Registro Mercantil Central y el registrador mercantil procederá a la calificación e inscripción dentro del plazo de las 7 horas hábiles siguientes a la recepción telemática de la escritura. Se aplicarán como aranceles notariales y registrales, los establecidos en el Real Decreto Ley 13/2010. Por último se exige que la sociedad tenga por objeto, la realización de algunas de las siguientes actividades: 1.Construcción, instalaciones y mantenimiento. 2. Comercio al por mayor y al por menor. Distribución comercial. Importación y exportación. 3. Actividades inmobiliarias. 4. Actividades profesionales. 5. Industrias manufactureras y textiles. 6. Turismo, hostelería y restauración. 7. Prestación de servicios. Actividades de gestión y administración. Servicios educativos, sanitarios, de ocio y entretenimiento. 8. Transporte y almacenamiento. 9. Información y comunicaciones. 10. Agricultura, ganadería y pesca. 11. Informática, telecomunicaciones y ofimática. 12. Energías alternativas. 13. Compraventa y reparación de vehículos. Reparación y mantenimiento de instalaciones y maquinaria. 14. Investigación, desarrollo e innovación. 15. Actividades científicas y técnicas.

El régimen fiscal de la sociedad de responsabilidad limitada. Está sujeta al Impuesto de sociedades, regulado en el Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. El impuesto de sociedades se estructura en torno a un pilar central: la contabilidad y la

determinación del resultado contable de la sociedad, que constituyen los puntos de partida para la determinación de la base imponible y de la cuantía a pagar anualmente. El Impuesto sobre Sociedades es un impuesto personal y directo que grava la obtención de renta por parte de la sociedad en contraposición al IRPF que grava las obtenidas por personas físicas. El impuesto de sociedades se estructura en torno a un pilar central: la contabilidad y la determinación del resultado contable de la sociedad, que constituyen los puntos de partida para la determinación de la base imponible. (En relación con los tipos aplicables, ver lo dispuesto con carácter general para las sociedades mercantiles y otras clases societarias en el epígrafe referido a las sociedades colectivas).

Régimen Seguridad Social de los administradores y socios que realicen actividades, tengan o no el control de la sociedad. La cuestión aparece recogida con carácter general en el artículo 136.2 LGSS. Se establece que estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, 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 concurren algunas de las siguientes circunstancias: 1ª. 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. 2ª. Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo. 3ª. 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. En los supuestos en que no concurren las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad.

Si los administradores o en su caso consejeros ejecutivos, tienen una participación superior al 25% de la sociedad, se presume el control de la sociedad y en consecuencia habrán de estar encuadrados en el régimen de autónomos. Cuando la participación del administrador, más de los familiares de éste hasta el segundo grado, sea igual o superior al 50% de las participaciones sociales, supondrá la inclusión del administrador en el régimen de autónomos. Cuando el administrador no disponga de los porcentajes de participación, directa o indirecta, antes indicada, cotizará en el régimen general con ciertas contingencias excluidas. Es decir, encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social sin protección por desempleo, ni Fondo de Garantía Salarial.

Es posible que los estatutos puedan establecer que para ostentar el cargo de administrador, no sea necesario tener la condición de socio. En estos casos, si se nombra como administrador a un trabajador que no sea socio, éste ha de cotizar en el régimen general con ciertas contingencias excluidas. Se encuadran en el Régimen General como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, pero con exclusión de la protección por desempleo y Fondo de Garantía Salarial, los socios trabajadores que sean, a su vez, administradores activos retribuidos siempre que no posean el control efectivo de la

sociedad. Es decir, encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social sin protección por desempleo ni Fondo de Garantía Salarial.

También es posible que se nombre a un administrador externo, que ni es socio, ni trabajador de la sociedad. En estas situaciones el administrador cotizará en el régimen de autónomos ya que la relación con la empresa se considera mercantil y no laboral.

En cuanto a los socios que no ejerzan funciones de administrador pero sí trabajen para la empresa, existen diferentes posibilidades. Cuando el socio posee una participación que equivale a la mitad del capital social, bien directa o indirectamente, cotizará en el régimen de autónomos. También cotizará en dicho régimen, el socio trabajador que posea una participación directa que sea superior al 33% del capital social. Aquellos socios trabajadores que no se encuentren en las dos circunstancias anteriores, cotizarán en el régimen general, como cualquier otro trabajador de la empresa.

La mera condición de socio, que no conlleve ningún tipo de compromiso de realizar actividad real y efectiva en la empresa que gestiona la sociedad, no obliga a la inclusión en ningún régimen de Seguridad Social. Me refiero ahora a los llamados administradores pasivos o consejeros no ejecutivos, que serían aquellos administradores cuya actividad se limita a participar en las reuniones del consejo de administración de la sociedad, teniendo una función meramente consultiva, a diferencia de la figura del consejero delegado o de la comisión ejecutiva, que ejercerían la función de administradores activos de la sociedad. La inclusión en los distintos regímenes de la Seguridad Social de estos administradores pasivos, va a venir condicionada no por su carácter de administrador de la sociedad, sino por la relación laboral que pueda existir con la sociedad o su condición concurrente de socio trabajador.

El régimen jurídico de los trabajadores no socios con carácter general, determina su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social. De igual forma, el personal de alta dirección que desarrolle sus actividades como relación laboral de carácter especial. Desde la promulgación de la Ley 50/1998, que vino a modificar sustancialmente el régimen de la Seguridad Social para los trabajadores vinculados con la empresa mediante relación laboral especial de alta dirección, la inclusión es al régimen general, para el caso de los altos directivos que presten sus servicios para sociedades mercantiles en dos supuestos: 1ª. Cuando no formen parte del órgano de administración de la sociedad. 2ª. Formen parte del mismo como administradores pasivos o consejeros no ejecutivos (Cuando no posean el control efectivo de la sociedad de forma directa o indirecta, a través de familiares hasta el segundo grado con los que conviva, siempre que posean la mitad o más del capital social).

Cuando en la persona contratada para alta dirección, concorra el cargo de administrador activo o consejero ejecutivo de la sociedad, no poseyendo el control efectivo directo o indirecto de la sociedad, su inclusión en el régimen general, supone la exclusión de las contingencias de desempleo y Fondo de Garantía Salarial.

La persona contratada como personal directivo, como relación laboral especial de alta dirección, poseyendo el control efectivo de la sociedad, bien de forma directa o bien a través de familiares hasta el segundo grado con los que conviva y que en su conjunto posean la mitad o más del capital social, su régimen de inclusión obligatorio será el de trabajadores autónomos.

2.2.6.5. Sociedad de responsabilidad limitada unipersonal.

Todo lo dicho para las sociedades de responsabilidad limitada en el apartado anterior, le es de aplicación, pero teniendo en cuenta lo dispuesto a continuación.

La sociedad de responsabilidad limitada “unipersonal”, es la constituida por un solo socio, sea persona física o jurídica, bien la constituida por dos o más socios, cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Este último caso, es preciso que conste en escritura pública, que se inscribirá en el Registro mercantil provincial. De igual modo, la pérdida de tal situación de unipersonalidad, o el cambio de socio único "como consecuencia de haberse transmitido alguna o todas las participaciones sociales". En todos los supuestos descritos, la inscripción registral expresará la identidad del socio único. En tanto subsista la situación de unipersonalidad, la sociedad hará constar expresamente esta condición en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en todos los anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria (S.L.U.). El socio único ejercerá las competencias de la Junta General, sus decisiones se consignarán en acta bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad. Además de los libros obligatorios para todas las sociedades de responsabilidad limitada, la Sociedad unipersonal deberá llevar el Libro registro de contratos de la S.L.U con el socio único.

2.2.6.6. Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE).

Es un tipo de sociedad de responsabilidad limitada con una serie de peculiaridades. Todo lo dicho para las sociedades de responsabilidad limitada le es de aplicación, salvo estas peculiaridades que le son aplicables y que a continuación se exponen. Su regulación se encuentra en la LSC.

Sus características más notables son las dispuestas a continuación, sobre la base de ser una especialidad de la sociedad de responsabilidad limitada ordinaria.

El objeto social es genérico para permitir una mayor flexibilidad en el desarrollo de las actividades empresariales, sin necesidad de modificar los estatutos de la sociedad.

La denominación social se compone de los apellidos y el nombre de uno de los socios, más un código alfanumérico único, seguido de las palabras “Sociedad Limitada Nueva Empresa” o la abreviación “SLNE”³⁶.

³⁶ Este código alfanumérico se denomina ID-CIRCE, que asegura que la certificación de la denominación social se obtenga de manera inmediata. El proceso de asignación del ID-CIRCE es completamente telemático, se genera automáticamente cuando se realiza la tramitación telemática de la Sociedad Limitada Nueva Empresa. En el caso de utilizar el procedimiento presencial para la constitución de la sociedad, la solicitud de certificación de la denominación se realiza a través del portal CIRCE (Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa - Ministerio de Industria, Energía y Turismo).

Se podrán utilizar unos estatutos sociales orientativos, que reducen los tiempos de notarios y registradores a un máximo de 24 horas cada uno.

Los órganos sociales son una Junta General de socios y un Órgano de administración unipersonal o pluripersonal.

El número de socios en el momento de la constitución se limita a cinco, que han de ser personas físicas. Se permite la Sociedad Limitada Nueva Empresa unipersonal. El número de socios puede incrementarse por la transmisión de participaciones sociales. Si como consecuencia de la transmisión, son personas jurídicas las que adquieren las participaciones sociales, éstas deberán ser enajenadas a favor de personas físicas en un plazo máximo de tres meses.

Su capital social está dividido en participaciones sociales. El capital social mínimo, que deberá ser desembolsado íntegramente, mediante aportaciones dinerarias en el momento de constituir la sociedad, es de 3.000 € y el máximo de 120.000 €.

Transformación y constitución como SL. La SLNE está pensada para las empresas de pequeño tamaño. Por lo tanto, si la sociedad prospera y su actividad aumenta, puede necesitar adoptar una forma jurídica más acorde a su dimensión. El socio o socios que la forman podrán optar por transformarse en cualquiera de las formas societarias existentes. Los trámites de transformación de la SLNE son los mismos que se establecen para la SL. La LSC da importantes facilidades para que las SLNE puedan continuar su actividad como SL. En cuyo caso sólo se requerirá el acuerdo por mayoría simple de la Junta General y que se realice la necesaria adaptación de los estatutos sociales. Tanto el acuerdo como la modificación estatutaria deberán ser elevados a escritura pública e inscritos en el Registro mercantil. Esta posibilidad supone una ventaja por cuanto se evitan los trámites previstos para la transformación de sociedades mercantiles, recogidas con carácter general en la propia LSC, que exigen más tiempo y dinero.

Aspectos contables con el fin de facilitar la gestión de la SLNE. Se contempla la posibilidad de aplicar un sistema simplificado de contabilidad. De tal forma que a través de un único registro contable, se permita el cumplimiento de las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone en materia contable y fiscal. Para ello se prevé la posibilidad de aplicar un sistema simplificado contable. Para ello elaborarán un Libro Diario, basado en un sistema de columnas que a su vez, les va permitir obtener, por la suma de las mismas, las principales masas patrimoniales y por la diferencia entre ingresos y gastos, el resultado del ejercicio, evitando tener que llevar de manera independiente un Libro mayor. Además del Libro diario referido, se prevé un modelo simplificado de cuentas anuales. Comprende el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria, y deberán redactarse con claridad mostrando la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

Los aspectos fiscales son los establecidos con carácter general para la SL, pero con las especialidades que a continuación se mencionan, a modo de ventajas fiscales. Aplazamiento sin aportación de garantías del pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por la modalidad de operaciones societarias, derivada de la constitución de la sociedad durante el plazo de un año, desde su constitución. Aplazamiento, sin aportación de garantías, de las deudas tributarias

derivadas del Impuesto sobre Sociedades, correspondientes a los dos primeros períodos impositivos, concluidos desde su constitución. Aplazamiento o fraccionamiento, con garantías o sin ellas, de las cantidades derivadas de retenciones o ingresos a cuenta del IRPF que se devenguen en el primer año desde su constitución. No existe obligación de efectuar pagos fraccionados del Impuesto sobre Sociedades, a cuenta de las liquidaciones correspondientes a los dos primeros períodos impositivos desde su constitución. Cuenta ahorro-empresa cuyos fondos deben destinarse a la constitución de una SLNE, con una duración mínima de dos años, que cuente como mínimo con un local y un empleado y cuyo régimen fiscal es similar al de la cuenta ahorro vivienda³⁷.

2.2.6.7. Sociedades Anónimas.

Definición: La sociedad anónima es una sociedad mercantil con capital integrado por aportaciones de sus socios y dividido en acciones, que pueden ser transmitidas libremente, en las que los accionistas no responden personalmente de las deudas sociales.

Normativa reguladora: su régimen jurídico aparece contemplado en los artículos 19 a 57 LSC, debiendo tenerse en cuenta también el Reglamento del Registro mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996.

Diferencia con figuras afines: 1. Sociedad Comanditaria por Acciones, es una sociedad mercantil de capital y al igual que la Sociedad Anónima, su capital ha de ser como mínimos de 60.000 € y está dividido en acciones. Se caracteriza por dos tipologías de socios, los colectivos y los comanditarios. De los primeros debe existir al menos uno, responden ilimitadamente de las deudas sociales, mientras que los segundos, responden limitadamente con sus aportaciones. 2. Sociedad Limitada: las Sociedades Anónimas con carácter general, son sociedades abiertas, al contrario que las limitadas, que básicamente son cerradas, aunque en la realidad esta distinción no es absoluta, ya que la mayoría de las sociedades anónimas, a excepción de las cotizadas, son sociedades que en sus estatutos contienen cláusulas limitativas a la libre transmisibilidad de las acciones. La cuantía de capital social es otra de las diferencias básicas, por el mínimo exigido por la Ley, cuantía que asciende como mínimo a 60.000 € para las S.A, dividido en acciones y 3.000 € para las S.L, dividido en participaciones sociales, así como, por el rígido sistema de defensa que se hace del mismo en la S.A. y que la S.L. sustituye por un peculiar régimen de responsabilidades.

Características de las Sociedades Anónimas. Se trata de una sociedad mercantil capitalista, pasando a un segundo plano las personas que en ella participan, adquiriendo la máxima importancia el capital que aportan los socios. El capital está integrado por aportaciones de los socios y se encuentra dividido en acciones, cuya titularidad atribuye la condición de socio. Los socios tienen la responsabilidad limitada. Responden frente a la sociedad del cumplimiento de su obligación de desembolsar el importe de las

³⁷ Devolución en el IRPF del 15% del importe depositado en la cuenta con un límite de 9.000 €, durante un plazo máximo de 4 años.

acciones suscritas, pero no asumen ninguna responsabilidad personal por las deudas sociales. Se constituye mediante escritura pública, que contendrá los estatutos de la sociedad, y que deberá ser inscrita en el Registro mercantil. Con la inscripción adquirirá la S.A su personalidad jurídica, siendo el plazo para la inscripción en el Registro mercantil de dos meses, a contar desde la fecha de su otorgamiento. Los fundadores y los administradores responderán solidariamente de los daños y perjuicios que causaren por el incumplimiento de esta obligación de inscripción en el Registro.

La actividad de la sociedad, salvo disposición contraria de los estatutos de la sociedad, dará comienzo en la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución. No obstante, los estatutos no podrán fijar una fecha de inicio anterior a la del otorgamiento de la escritura, excepto en el supuesto de transformación.

La vida de la sociedad salvo disposición contrario de los estatutos, tendrá duración indefinida.

Cuestiones relacionadas con la constitución, suscripción y desembolso del capital. No podrá constituirse ninguna sociedad que no tenga su capital suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte del valor nominal de las acciones en el momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad o de ejecución del aumento del capital social. La forma y el plazo en que se llevará a cabo el desembolso del resto, se determinará en los estatutos sociales. En caso de desembolso parcial de las acciones suscritas, la escritura deberá expresar si los futuros desembolsos se efectuarán en metálico o en nuevas aportaciones no dinerarias. En este último caso, se determinará en la escritura su naturaleza, valor y contenido, la forma y el procedimiento de efectuarlas, con mención expresa del plazo de su desembolso. El plazo de desembolso con cargo a aportaciones no dinerarias, no podrá exceder de cinco años desde la constitución de la sociedad o del acuerdo de aumento del capital social. Los estatutos sociales podrán establecer que todos o algunos accionistas, realicen con carácter obligatorio, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, sin que puedan integrar el capital de la sociedad. Toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo.

Responsabilidad de los socios. Los socios fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los terceros de la realidad de las aportaciones sociales, de la valoración de las no dinerarias, de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución, de la omisión de cualquier mención de la escritura de constitución exigida por la Ley y de la inexactitud de cuantas declaraciones hagan en aquella.

Denominación de la sociedad. Conforme al artículo 6 LSC, en la denominación de la compañía deberá figurar necesariamente la expresión “Sociedad Anónima” o su abreviatura “S.A”.

Administración y gestión de la Sociedad. La administración de la Sociedad podrá ejercerse por un administrador único, por varios administradores que actúen mancomunadamente, o por un Consejo de Administración. Cuando la administración conjunta se confíe a dos administradores, éstos actuarán con carácter general mancomunadamente y cuando se confíe a más de dos administradores, se constituirá un consejo de administración. Todo acuerdo societario que altere el modo de organizar la

administración de la sociedad, suponga o no modificación de los estatutos sociales, se elevará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil. Cuando los estatutos contemplen solamente el número máximo y mínimo de administradores, corresponde a la junta general la determinación de su número, sin más límites que los establecidos por la ley. No se requiere la condición de socio para ser nombrado administrador, salvo disposición en contrario de los estatutos.

La figura del administrador. Representan con carácter general a la sociedad, en la forma determinada por los estatutos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 233.2 de la Ley. Cuando exista administrador único, el poder de representación corresponderá exclusivamente a éste. Cuando la administración se lleve a cabo colegiadamente a través de un consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto. El consejo, mediante el acuerdo de delegación, puede nombrar una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados y se indicará el régimen de su actuación. Su nombramiento se realizará por la Junta General, que salvo que los estatutos dispongan lo contrario, podrá fijar las garantías que los administradores deberán aportar o en su caso relevarlos de dicha obligación. El nombramiento surtirá efecto desde el momento de su aceptación, que deberá ser inscrito en el Registro mercantil, haciendo constar la identidad de los nombrados y en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlos conjuntamente.

Derechos y Obligaciones de los socios. La condición de socio que confiere un haz de derechos y obligaciones, viene atribuida por la titularidad de una o más acciones que conforman el capital social, en los términos contemplados en el artículo 91 LSC. Especial mención merece al respecto, el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales, que se reparten en su condición de dividendos, así como a participar en la distribución del patrimonio resultante de la liquidación de la sociedad. Antes de proceder al reparto de dividendos, se exige que se dote a la reserva legal de la sociedad, una cantidad equivalente al 10% del beneficio generado en el ejercicio, hasta que ésta alcance una cifra equivalente al 20 % del capital social como mínimo. La cuantía mínima legalmente exigible de la reserva legal, sólo podrá ser destinada a la compensación de pérdidas, salvo que existieran otras reservas susceptibles de uso al efecto. En lo concerniente a la responsabilidad, los socios no responderán personalmente y con sus propios bienes de las deudas sociales, ya que la responsabilidad de los socios queda limitada exclusivamente al capital aportado cuando se constituye la sociedad.

Régimen de Seguridad Social de los administradores, consejeros delegados, otras figuras mercantiles que realicen su actividad encarnando órganos de naturaleza mercantil, los gerentes y los socios que presten servicios como trabajadores. La normativa de referencia a la hora de analizar este tema, exige tener en cuenta los criterios establecidos en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que modificó la Ley General de la Seguridad Social, y las novedades introducidas por la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social. La cuestión aparece resuelta en el artículo 136 LGSS y artículo 2 del 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el RETA.

Socios trabajadores:

1. Encuadramiento en el RGSS. Quedan incluidos en este Régimen los socios trabajadores que presten servicios retribuidos en dos supuestos: a). Cuando no formen parte del órgano de administración social; b) Cuando formen parte de dicho órgano como consejeros no ejecutivos, es decir, que no desarrollen funciones de administración, dirección y gerencia de la sociedad, sino únicamente asistencia a reuniones de los consejos de administración, actuando como “meros consejeros”. En ambos supuestos, la ley exige el requisito fundamental de que no posean un control efectivo de la sociedad, lo que ocurre cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social. A contrario, se presume que ostentan el control, en los siguientes casos: 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. También se presume cuando la participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo o cuando 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.

2. Encuadramiento en el RGSS sin protección por desempleo ni Fondo de Garantía Salarial, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, pero con exclusión de la protección por desempleo y Fondo de Garantía Salarial, los socios trabajadores que sean, a su vez, administradores retribuidos, siempre que no posean el control efectivo de la sociedad.

3. Encuadramiento en el RETA. Se incluyen obligatoriamente en este Régimen Especial, quienes ejerzan las funciones de administración, dirección y gerencia, que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto de la sociedad.

Socios no trabajadores:

Los socios capitalistas de sociedades mercantiles que no realizan una actividad laboral en la sociedad y únicamente obtienen rendimientos de las acciones de la sociedad mediante dividendos, no se incluyen en el sistema de la Seguridad Social.

Los administradores. La ley establece la siguiente distinción:

1. Administradores o consejeros ejecutivos, que son los que asumen efectivamente las funciones de dirección, ejecución, gestión y representación de la sociedad. Dentro de esta opción quedarían englobados el administrador único, administrador mancomunado o solidario y consejero delegado. La ley establece su inclusión en los distintos regímenes de la Seguridad Social, atendiendo a su vez al criterio anteriormente expuesto del control efectivo de la sociedad: a) RGSS con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, siempre y cuando no posean el control efectivo de la sociedad quedarán incluidos en éste los

siguientes administradores: los administradores o consejeros ejecutivos, sean o no socios, que tengan el cargo retribuido y los administradores o consejeros ejecutivos, retribuidos por su condición de trabajadores por cuenta de la sociedad. b) Quedan incluidos en el RETA, los anteriores administradores cuando posean el control efectivo de la sociedad.

2. Los administradores no ejecutivos, también denominados pasivos o consejeros no ejecutivos. Que serían aquellos administradores cuya actividad se limita a participar en las reuniones del consejo de administración de la sociedad, teniendo una función meramente consultiva, a diferencia de la figura del consejero delegado o de la comisión ejecutiva que ejercerían la función de administradores activos de la sociedad. La inclusión en los distintos regímenes de la Seguridad Social de estos administradores pasivos va a venir condicionada, no por su carácter de administrador de la sociedad, sino por la relación laboral que pueda existir con la sociedad o su condición concurrente de socio trabajador.

Los trabajadores de alta dirección. La Ley 50/1998, vino a modificar sustancialmente el régimen de la Seguridad Social para los trabajadores vinculados con la empresa por relación laboral especial de alta dirección, distinguiendo:

1. RGSS. Quedan incluidos bajo este régimen los altos directivos que presten sus servicios para sociedades mercantiles en dos supuestos: cuando no formen parte del órgano de administración de la sociedad o bien formen parte del mismo como administradores pasivos o consejeros no ejecutivos y cuando no posean el control efectivo de la sociedad de forma directa. Referido esto último al juego de las presunciones recogidos en el artículo 136 LGSS, bien por su propia participación directa en el capital social o participación de manera indirecta, a través de familiares hasta el segundo grado con los que conviva, siempre que posean la mitad o más del capital social, considerando al respecto los porcentajes de participación del 25% y del 33%. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el alto cargo posee el control efectivo de la sociedad, cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias: que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo 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. No obstante lo dicho, aun no concurriendo dichas circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad.

2. RGSS con exclusión de la protección por desempleo y Fondo de Garantía Salarial. Su encuadramiento en este Régimen deberá realizarse obligatoriamente cuando además concorra en el trabajador de alta dirección, el cargo de administrador activo o consejero ejecutivo de la sociedad y no posea el control efectivo directo o indirecto de la sociedad.

3. RETA. El alto directivo estará encuadrado bajo este régimen cuando posea el control efectivo de la sociedad, bien de forma directa o bien a través de familiares hasta el segundo grado con los que conviva.

El régimen fiscal de la sociedad anónima. Está sujeta al Impuesto de sociedades, regulado en el Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. El impuesto de sociedades se estructura en torno a un pilar central: la contabilidad y la determinación del resultado contable de la sociedad, que constituyen los puntos de partida para la determinación de la base imponible y de la cuantía a pagar anualmente. Me remito a lo expuesto para las sociedades de responsabilidad limitada.

2.2.7. Sociedades y otros entes de la economía social.

2.2.7.1. Sociedades Laborales

Son aquellas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada de naturaleza mercantil, en las que la mayoría del capital social es propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido. Los socios tenedores de las acciones o participaciones sociales, pueden tener a su vez la condición de trabajadores y no trabajadores. También existen trabajadores sujetos sin más a relación laboral ordinaria, sin relación de ningún tipo con la propiedad de la sociedad.

Los socios trabajadores. Prestan sus servicios retribuidos de forma directa y personal, con una relación laboral por tiempo indefinido y a la vez son propietarios de acciones o participaciones sociales de “clase laboral”, que en su conjunto superarán la cuantía del 50% de la cifra del capital social.

Los socios no trabajadores. Personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, propietarias de acciones o participaciones sociales de la clase general sin relación laboral con la sociedad laboral.

Trabajadores asalariados sujetos a contratos de trabajo de los comúnmente admitidos en el ámbito del derecho del trabajo. Sin embargo, su especial consideración como sociedad laboral, limita el número de trabajadores, en su relación con el número de socios-trabajadores. Para determinar el número máximo de trabajadores asalariados fijos, deberá tenerse en cuenta que el número de horas-año trabajadas por éstos, no podrá ser superior al 15% del total de horas-año, efectuadas por los socios trabajadores. Si la sociedad tuviera menos de 25 trabajadores, el porcentaje no podrá ser superior al 25% del total de horas-año realizadas por los socios trabajadores. Para el cálculo de estos porcentajes no se tomarán en cuenta los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores con discapacidad psíquica en grado igual o superior al 33% con contratos indefinidos. Las sociedades existentes que superen estos límites, deberán reducirlos en el plazo máximo de tres años, con un mínimo de una tercera parte por año.

El capital social. Estará dividido en acciones nominativas o en participaciones sociales. Las acciones y participaciones se dividirán en dos clases: las que sean

propiedad de los trabajadores, cuya relación laboral sea por tiempo indefinido, se denominarán “clase laboral”, y las restantes, denominadas “clase general”. No es posible la creación de acciones de la “clase laboral” sin derecho de voto. Ningún socio podrá poseer acciones o participaciones sociales, que representen más de la tercera parte del capital social, salvo que se trate de sociedades laborales participadas por el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales. De igual forma, las Sociedades públicas participadas por cualquiera de tales instituciones, así como las asociaciones u otras entidades sin ánimo de lucro, en cuyo caso la participación podrá superar dicho límite, sin alcanzar el 50% del capital social. La cifra mínima de capital en las sociedades anónimas laborales, será como mínimo de 60.101,21 €. Se exige que en el momento de la constitución, esté totalmente suscrito y desembolsado el 25%. En la Sociedad Limitada Laboral la cifra de capital será como mínimo de 3.005,06 €, exigiéndose la total suscripción desembolsado.

Reserva especial. Las Sociedades Laborales, además de las reservas legales o estatutarias que se dispongan, están obligadas a constituir un fondo especial de reserva, dotado con el 10% del beneficio líquido de cada ejercicio, que solo podrá destinarse a la compensación de pérdidas, en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin.

Pérdida de la calificación de Sociedad Laboral. Procederá la pérdida de la condición por las causas legales siguientes: 1. Cuando durante el funcionamiento de la sociedad, se incumplieran los límites de acciones y participaciones en el capital social, así como la relación porcentual socios-trabajadores fijos. 2. La dotación insuficiente o simplemente la falta de dotación o en su caso la aplicación indebida del fondo especial de reserva.

Régimen fiscal. Son sujetos pasivos del impuesto de sociedades. En la determinación de la base imponible del impuesto, existe libertad de amortización de los elementos del inmovilizado material, intangible e inversiones inmobiliarias afectas a la realización de sus actividades, adquiridos durante los cinco primeros años a partir de la fecha de su calificación. Existen una serie de beneficios fiscales, referidos en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Régimen del encuadramiento en la Seguridad Social de los socios-trabajadores. La Ley 50/1998, modificó el encuadramiento de los socios trabajadores de las 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 para trabajadores por cuenta ajena que corresponda en función de sus actividades, así como la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial. Lo que significa, que para el caso de sociedades de más de veinticinco socios, la inclusión en el RGSS, excluye la cotización y protección de las contingencias por desempleo y Fondo de Garantía Salarial. Por su parte, los socios trabajadores estarán incluidos en el RETA, 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 100.

2.2.7.2. Sociedades Cooperativas.

El artículo 1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, define a la cooperativa como una sociedad constituida por personas que se asocian para la realización de actividades económicas y sociales de interés común, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios cooperativos. Estas Sociedades Cooperativas podrán revestir la forma de Cooperativa de primer y segundo grado.

Dentro de las cooperativas de primer grado, el artículo 6 establece la siguiente clasificación: Cooperativas de Trabajo Asociado; Cooperativas de Consumidores y Usuarios; Cooperativas de Viviendas; Cooperativas Agrarias; Cooperativas de Explotación Comunitaria de la Tierra; Cooperativas de Servicios; Cooperativas del Mar; Cooperativas de Transportistas; Cooperativas de Seguros; Cooperativas Sanitarias; Cooperativas de Enseñanza y Cooperativas de Crédito.

El Artículo 80 establece el objeto y normas generales de funcionamiento de las cooperativas de trabajo asociado.

Las cooperativas de primer grado son definidas señalando que asocian a personas físicas, que mediante su personal trabajo a tiempo parcial o completo, realizan cualquier actividad económica, profesional o social para producir en común bienes o servicios para terceros.

La relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria.

Podrán ser socios trabajadores quienes legalmente tengan capacidad para contratar la prestación de su trabajo. Los extranjeros podrán ser socios trabajadores de acuerdo con lo previsto en la legislación específica sobre la prestación de su trabajo en España.

La pérdida de la condición de socio trabajador provocará el cese definitivo de la prestación de trabajo en la Cooperativa.

Los socios de trabajo tienen derecho a percibir periódicamente, en un plazo no superior a un mes, percepciones a cuenta de los excedentes de la cooperativa, denominados anticipos societarios que no tienen la consideración de salarios, según su participación en la actividad corporativizada.

El número de horas/año realizados por trabajadores con contrato de trabajo por cuenta ajena, no podrá ser superior al 30% del total de horas/año realizadas por los socios trabajadores. No se computarán en este porcentaje: a) Los trabajadores integrados en la cooperativa por subrogación legal, así como aquellos que se incorporen en actividades relacionadas directamente con dicha subrogación; b) Los trabajadores que se negaren explícitamente a ser socios trabajadores³⁸; c) Los trabajadores que sustituyan a socios trabajadores o asalariados en situación de excedencia o incapacidad temporal; d) Los trabajadores que presten sus trabajos en centros de trabajo de carácter

³⁸³⁸ Los Estatutos podrán fijar el procedimiento por el que los trabajadores asalariados pueden acceder a la condición de socio. El trabajador con contrato de trabajo por tiempo indefinido y con más de dos años de antigüedad deberá ser admitido como socio trabajador, sin periodo de prueba, si reúne los demás requisitos y así lo solicita en el plazo de los seis meses siguientes desde que pudo ejercitar tal derecho.

subordinado o accesorio³⁹; e) Los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de empresas usuarias, cuando la cooperativa actúa como empresa de trabajo temporal.

Las cooperativas de trabajo asociado pueden elegir el régimen de la Seguridad Social en el que se inscribirán sus socios trabajadores, pudiendo optar por el RGSS o por el RETA. La opción elegida deberá quedar reflejada en los estatutos de la cooperativa.

El Artículo 86 se refiere a la sucesión de empresas, contrataciones y concesiones en los siguientes términos: 1. Cuando una Cooperativa se subrogue en los derechos y obligaciones laborales del anterior titular, los trabajadores afectados por esta subrogación podrán incorporarse como socios trabajadores en las condiciones establecidas en el artículo 80.8 de la Ley de Cooperativas, y si llevaran, al menos, dos años en la empresa anterior, no se les podrá exigir periodo de prueba. En el supuesto de que superara el límite legal sobre el número de horas/año, establecido en el artículo 80.7 de la Ley de Cooperativas, el exceso no producirá efecto alguno. 2. Cuando una Cooperativa de Trabajo Asociado cese, por causas no imputables a la misma, en su contratación de servicios o concesión administrativa y un nuevo empresario se hiciere cargo de éstas, los socios trabajadores que vinieran desarrollando su actividad en las mismas tendrán los mismos derechos y deberes que les hubieran correspondido de acuerdo con la normativa vigente, como si hubiesen prestado su trabajo en la cooperativa en la condición de trabajadores por cuenta ajena.

El Artículo 87 hace mención a la articulación de las cuestiones contenciosas que puedan surgir entre la cooperativa y los socios. Se establece a tal efecto que las cuestiones contenciosas que se susciten entre la cooperativa y sus socios trabajadores, por su condición de tales, se resolverán aplicando, con carácter preferente la Ley de Cooperativas, los Estatutos y el Reglamento de Régimen Interno de las cooperativas, los acuerdos válidamente adoptados por los órganos sociales de la cooperativa y los principios cooperativos. Las citadas cuestiones se someterán ante la Jurisdicción del Orden Social de conformidad con lo que dispone el artículo 2 de la LJS, competente para el conocimiento de cuantas cuestiones contenciosas se susciten entre la cooperativa de trabajo asociado y el socio trabajador, relacionados con los derechos y obligaciones derivados de la actividad cooperativizada de la prestación del trabajo y correlativos derechos y obligaciones económicas. Sin embargo, los conflictos no basados en la prestación del trabajo, o sus efectos, ni comprometidos sus derechos en cuanto a la prestación del trabajo y que puedan surgir entre cualquier clase de socio y las cooperativas de trabajo asociado, estarán sometidos a la jurisdicción del orden civil. Advertir como requisito necesario, para que el socio inicie cualquier procedimiento contencioso contra la sociedad cooperativa, deduzca petición previa ante el Consejo Rector, que resolverá en un plazo de un mes, durante el cual quedarán en suspenso el cómputo de plazos de prescripción o caducidad para el ejercicio de acciones o de afirmación de derechos.

³⁹ Se entenderán, en todo caso, como trabajo prestado en centro de trabajo subordinado o accesorio, los servicios prestados directamente a la Administración Pública y entidades que coadyuven al interés general, cuando son realizadas en locales de titularidad pública.

Régimen fiscal de las cooperativas. Su regulación se encuentra contenida en la Ley 20/90, en la que se clasifica fiscalmente las cooperativas en dos grupos: 1. Cooperativas especialmente protegidas: Cooperativas de Trabajo Asociado, Agroalimentarias, de Explotación Comunitaria de la Tierra, del Mar y de Consumidores y Usuarios; 2. Cooperativas protegidas: comprendiendo aquí el resto del elenco recogido en el artículo 6 de la Ley de Cooperativas.

Régimen de la Seguridad Social aplicables a los socios-trabajadores. Disfrutarán de los beneficios de la Seguridad Social, pudiendo optar la cooperativa entre las modalidades siguientes: 1. Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Dichas cooperativas quedarán integradas en el RGSS o en alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad. 2. Como trabajadores autónomos en el RETA. Las cooperativas ejercerán la opción en los Estatutos.

Medidas de fomento para la creación de empleo, incluyendo ahora la condición de socio-trabajador. 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.

2.2.7.3. Otros entes de la economía social, que actúan como empresarios desde la perspectiva laboral.

A. Las mutualidades. Son sociedades de personas, sin ánimo de lucro, de estructura y gestión democrática, que ejercen una actividad aseguradora de carácter voluntario, complementaria del sistema de previsión de la Seguridad Social.

B. Los Centros Especiales de Empleo. Son entidades que desempeñan una función de importancia creciente en el marco de la Economía Social. Los trabajadores discapacitados pueden encontrar a través de estos Centros un puesto de trabajo, así como el apoyo formativo y asistencial necesario para facilitar su plena incorporación laboral y social, eludiendo factores tales como la marginación o la discriminación. Su plantilla está constituida por el mayor número de personas con discapacidad (cuyo número no puede ser inferior al 70% respecto del total de los trabajadores). Desarrollan una capacidad productiva y competitiva que les permite introducir sus productos en el mercado.

El artículo 43 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, titulada “Centros especiales de empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad”, determina su definición legal. A tal efecto se establece que “los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo

principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente”. Se establecen límites relacionados con la configuración de la plantilla, de tal forma que se exige que el 70% como mínimo, sean trabajadores minusválidos. Exceptuándose de ese cómputo, el relacionado con el personal contratado para la prestación de servicios de ajuste personal y social. Se caracterizan estos como aquellos que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo. Igualmente se encontrarán comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva.

Régimen jurídico laboral de los trabajadores minusválidos que presente servicios en los centros especiales de empleo. Se configura la relación jurídica laboral de estos como de carácter especial, conforme al artículo 2.1.g) ET, y se rigen por su normativa específica.

C. Las empresas de inserción. Se definen como “estructuras de aprendizaje, en forma de sociedad mercantil, o sociedades cooperativas legalmente constituida, que debidamente calificada por la autoridad de la comunidad autónoma, realizan cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin, la integración y formación socio-laboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario. Para lo cual, se diseña un proceso de inserción, estableciéndose durante el mismo una relación laboral convencional”. En su plantilla deben tener un porcentaje de trabajadores en inserción, que dependiendo de cada Comunidad Autónoma, oscilará entre el 30% y el 60%. El 80% de los resultados se reinvierte en la empresa.

Las empresas de inserción son aquellas sociedades mercantiles o sociedades cooperativas legalmente constituida, que debidamente calificada por la autoridad de la comunidad autónoma, realizan cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin, la integración y formación socio-laboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario.

Requisitos de constitución. Deberán reunir los siguientes requisitos: 1. Estar promovidas y participadas por una o varias entidades promotoras. Esta participación será al menos de un 51% del capital social, para las sociedades mercantiles. En el caso de sociedades cooperativas y sociedades laborales, dicha participación deberá situarse en los límites máximos recogidos en las diferentes legislaciones que les sean de aplicación a los socios colaboradores o cooperativistas. 2. Se encontraran inscritas en el Registro correspondiente a su forma jurídica, así como en el Registro Administrativo de Empresas de Inserción de la Comunidad Autónoma. 3. Deberán mantener en cómputo

anual, desde su calificación, un porcentaje de trabajadores en proceso de inserción, cualquiera que sea la modalidad de contratación, de al menos el 30% durante los primeros tres años de actividad y de al menos el 50% del total de la plantilla, a partir del cuarto año, no pudiendo ser el número de aquéllos inferior a dos. 4. No realizar actividades económicas distintas a las de su objeto social. 5. Aplicar como mínimo el 80% de los resultados o excedentes disponibles obtenidos en cada ejercicio, a la mejora o ampliación de sus estructuras productivas y de inserción. 6. Presentar anualmente un balance social de la actividad de la empresa, que incluya la memoria económica y social, el grado de inserción en el mercado laboral ordinario y la composición de la plantilla, la información sobre las tareas de inserción realizadas y las previsiones para el próximo ejercicio. 7. Contar con los medios necesarios para cumplir con los compromisos derivados de los itinerarios de inserción socio-laboral.

Perfil socio-laboral del trabajador sujeto a la contratación en las empresas de inserción. Las empresas de inserción podrán contratar como trabajadores a las personas en situación de exclusión social desempleadas e inscritas en los Servicios Públicos de Empleo, con especiales dificultades para su integración en el mercado de trabajo, que estén incluidos en alguno de estos colectivos: 1. Perceptores de Rentas Mínimas de Inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma, así como los miembros de la unidad de convivencia beneficiarios de ellas. 2. Personas que no puedan acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por alguna de las siguientes causas: a) Falta del período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad perceptora; b) Haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido; c) Jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de Instituciones de Protección de Menores; c) Personas con problemas de drogodependencia u otros trastornos adictivos que se encuentren en proceso de rehabilitación o reinserción social; d) Internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial regulada en el artículo 1 del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, así como liberados condicionales y ex reclusos; e) Menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, cuya situación les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial a que se refiere el artículo 53.4 del Reglamento de la citada Ley, aprobado por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, así como los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los ex internos; f) Personas procedentes de centros de alojamiento alternativo autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla; g) Personas procedentes de servicios de prevención e inserción social autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.

La situación de exclusión, deberá ser acreditada por los Servicios Sociales Públicos competentes.

D. Las Cofradías de Pescadores. Son corporaciones de derecho público sectoriales, sin ánimo de lucro, representativa de intereses económicos de armadores de buques de pesca y de trabajadores del sector extractivo, que actúan como órganos de consulta y colaboración de las administraciones competentes en materia de pesca marítima y de ordenación del sector pesquero, cuya gestión se desarrolla con el fin de satisfacer las necesidades e intereses de sus socios, con el compromiso de contribuir al desarrollo local, la cohesión social y la sostenibilidad.

2.3. Los grupos de empresas y los grupos de sociedades mercantiles.

Nos referiremos a continuación a los grupos de empresas en su dimensión laboral, incluyendo al efecto el concepto de grupo patológico, pero haciendo caso omiso de la consideración legal del grupo de empresas o empresarial desde el ámbito estrictamente mercantil, con implicaciones no solamente mercantil, sino también de naturaleza tributaria.

Los procesos empresariales de adecuación a las condiciones que impone el mercado, pasan por adquirir la dimensión que le permite desenvolverse en las mejores condiciones. Por este motivo fundamentalmente, aunque pueden existir otros, las empresas se integran y forman grupos empresariales. Pero siguen siendo las empresas que formalmente operan en el tráfico jurídico. Significa esto que son las empresas que tiene personalidad jurídica. Cuestión de la que carece el grupo como tal. Sin embargo, desde la óptica laboral, en ocasiones se le asigna la auténtica condición de empresario, no al que tiene formalizado como tal dicha condición con su trabajador, interviniendo como parte en el contrato de trabajo y que dio de alta al trabajador en el régimen de seguridad social, sino que se le atribuye la condición de empresario a más de una empresa, o sea, a un grupo de ellas. De esta forma adquiere dimensión jurídica, con el consiguiente despliegue de efectos jurídicos de variada naturaleza, el grupo de empresas.

El concepto de grupo de empresas de carácter socio laboral, carece de definición legal de carácter general, salvo definiciones puntuales para cometidos concretos, siendo pues un concepto de construcción jurisprudencial. De ahí la necesidad de tomar “prestado”, con las salvedades necesarias al respecto, de conceptos de naturaleza mercantil, que parten del artículo 42.1 del C.Com , que define el grupo de sociedades. Pero, la ausencia de definición laboral, no ha impedido las referencias al “grupo” de esta índole.

No obstante lo dicho, las referencias al concepto han sido reiteradas desde el inicio de la década de los noventa del siglo pasado. Así, la Disposición Adicional 4ª de la Ley 22/1992, 4 de agosto , de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, lo definió a través de dos caracteres, la unidad de decisión y expresa remisión al artículo 42.1 del C. Com. En concreto, el precepto invocado decía que “a los efectos de lo establecido en la presente Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las empresas que constituyan una unidad de decisión, porque

cualquiera de ellas controla directa o indirectamente a las demás. Se entenderá que existe control de una empresa dominada por otra dominante cuando se encuentre en alguno de los casos del apartado 1 del artículo 42.1 del C.Com.

El artículo 3.1.3º de la Ley 10/1997 , que regula el derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, lo define como el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas. A su vez, el ET refiere el término sin proceder en ninguno de los casos a enunciar su concepto . También aparece en el artículo 4.3 y 5 de Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre , por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, que dispone a colación con la documentación a aportar por el empresario en los despidos colectivos por causas económicas, cuando la empresa que inicia el procedimiento forme parte de un grupo de empresas, la obligación de formular cuentas consolidadas cuya sociedad dominante tenga su domicilio en España, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.

Por último, se establece una remisión expresa al artículo 42.1 del C.Com, por el artículo 5 del RD-Ley 16/2013, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, enunciado como “concepto de grupo de empresas a efectos de la aportaciones económicas por despidos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años en empresas con beneficios, en cuya virtud se añade un nuevo párrafo al final del apartado 1 de la disposición adicional decimosexta de la ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en los siguientes términos: “a los efectos previstos en esta disposición resultará de aplicación el concepto de grupo de empresas establecido en el artículo 42.1 C.Com, si bien para la determinación del resultado del ejercicio solo se tendrán en cuenta los resultados obtenidos en España por las empresas que lo integren”.

A pesar de las definiciones, siempre muy simples y de las remisiones a norma mercantil, referida en este caso al artículo 42.1 del C.Com, lo cierto es que sigue existiendo necesidad imperiosa, de acudir a su construcción jurisprudencial o doctrina legal. Mencionar a estos efectos la STS 23-3-2004, en unificación de doctrina, en cuya virtud extiende el concepto de empresario más allá de su propia dimensión formal como empresario de los trabajadores con los que formalizó una relación jurídica laboral, extendiendo dicho vínculo al conjunto de empresarios que conforman el grupo de empresarial. A continuación se refiere a la imputación de la responsabilidad solidaria de las deudas resultantes de la relación laboral, a todos los que componen el grupo. Esta caracterización del grupo de empresas, ha sido utilizada desde antaño por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, para permitir la imputación de la responsabilidad solidaria a todos los integrantes del grupo, a efectos de las deudas por las cotizaciones de la Seguridad Social y otras deudas en orden a las prestaciones.

Partiendo de la STS 23-3-2004 antes referida, a la que podemos añadir otras, entre ellas STS 30-4-199 y STS 27-5-2013 y un sinfín de doctrina legal. Entre otras, sentencias Tribunal Superior de Castilla León 27-6-2008, Tribunal Superior de Aragón 14-1-2013, amén de la SAN 12-6-2014, estamos en disposición de construir un

concepto de grupo desde la perspectiva del Derecho del trabajo, con la finalidad casi exclusiva de extender las responsabilidades que originariamente queda circunscrita a la empresa con la que la relación jurídica laboral tiene una existencia formal, para derivarse a otras, a las que conforman el grupo. De tal modo que para que exista grupo, además de concurrir como “conditio sine qua non”, dos o más empresas, dirección unitaria de varias de ellas o la existencia de sociedades participadas, se requiere la concurrencia de otros elementos o situaciones, denominados jurisprudencialmente como elementos adicionales, caracterizadores de la noción de grupo patológico:

1. Debe existir un funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, externalizado en una prestación de trabajo indiferenciada para diferentes empresarios y que normalmente se va a materializar en una prestación indiferenciada en diferentes centros de trabajo de los diferentes empresarios que conforman el grupo.

2. Creación de empresas aparentes sin ningún tipo de sustrato real, lo que conlleva habitualmente como finalidad, la elusión de responsabilidades en el ámbito social del Derecho.

3. Confusión de plantillas entre los integrantes del grupo. Se visualiza en estos casos una apariencia externa de unidad de empresas entre todas la que conforman el grupo, como si de una sola empresa se tratara. Ahora bien, hay que hacer una apreciación al respecto del trasiego de trabajadores entre las diferentes empresas. Puede que éste se deba a consideraciones de carácter organizativo, productivo o económico, consecuencia de la propia dinámica de división del trabajo. De tal forma que el trabajo se organiza considerando el grupo como tal, como una unidad en el que se hace efectivo el principio de la división del trabajo. En cuyo caso, es lícito el actuar empresarial, no pudiendo aseverarse la existencia de una supuesta cesión ilegal de trabajadores en el grupo. Y esto es así, ya que sí queda demostrado la existencia de las razones objetivas de naturaleza técnica u organizativa para actuar de manera unitaria en el contexto del grupo, salvaguardando en cualquier caso los derechos de los trabajadores, la cesión no existe sin más, en cuanto que un requisito primigenio en la institución no se da, la conculcación de los derechos de los trabajadores en orden la estabilidad en el empleo. Lo que exige en cualquier caso que un actuar en esas circunstancias, debe clarificar las garantías necesarias para el trabajador, lo que se materializa sin dudas, cuando todos los que conforman el grupo, en cuyo seno los trabajadores desarrollan sus actividades, responden solidariamente del devenir de las responsabilidades empresariales ordinarias, propias del desenvolvimiento en el tiempo de las relaciones laborales.

4. Confusión patrimonial y unidad de caja. No se desprende de la información económica-financiera-patrimonial en que cosiste la contabilidad empresarial formalizada en el balance. Es posible que a través del análisis de la cuenta y concepto de capital social, no sea posible identificar nada al respecto. Sin embargo, el uso indistinto del patrimonio de las diferentes empresas, es un indicio importante de su existencia. Distinto de ello son los posibles préstamos entre empresas del grupo, hechos con criterios de mercado y con ausencia de malas prácticas, tendentes a descapitalizar una empresa en beneficio de otras o de personas o entes externos a ellas mismas. Tampoco, el desarrollo de mecanismos de financiación operativa dentro del grupo de empresas, como de igual forma está permitido la concesión de préstamos participativos,

como mecanismos de financiación habitualmente de naturaleza coyuntural. En todos estos casos, aun existiendo un sustrato de grupo, cuando no se dan de manera adicional, otras circunstancias que acreditan la existencia de grupo patológico, no se desencadenan los efectos típicos de la existencia de grupo de esa naturaleza, consistente en la extensión de la responsabilidad circunscrita fundamentalmente a la derivación de la responsabilidad solidaria.

Otro no menos importante para aseverar su existencia, es el llamado principio de unidad de caja, que origina flujos monetarios indiferenciado en el contexto del grupo.

5. Dirección unitaria ejercitada de manera abusiva. Ocurre esto habitualmente cuando la función de producción o prestadora de servicios por las empresas que conforman el grupo, actúan en beneficio de una de ellas y en detrimento de las demás. Es cierto que una de las características naturales otorgada jurisprudencialmente al grupo de empresas, es la dirección económica unitaria, como forma de política empresarial, cuyo grado de centralización en la dirección unitaria, permite visualizar en su extremo, la existencia de una sola empresa en funcionamiento, a pesar de las apariencias de un conjunto de ellas formalmente constituidas.

De lo expuesto concluimos que la figura del grupo de empresas a los efectos laborales se basa y se deduce del propio concepto de empresario previsto en el artículo 1.2 ET, con un efecto primordial cuando adquiere una caracterización patológica, la de la imputación de la responsabilidad solidaria. El grupo patológico requiere, bien la presencia de fraude de ley, bien abuso de derecho. Éste último, ha sido adecuadamente articulado por la jurisprudencia cuando ha analizado los grupos de empresas, pero también adquiere una dimensión legal desde 2003, cuando la Ley 52/2003, de 10 diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, adicionó dos nuevos apartados al entonces artículo 15 LGSS. Así el actual artículo actual 15.3 y 4 LGSS, resuelven el vacío hasta entonces existente en la legislación de Seguridad Social en orden al pago de las cotizaciones sociales, sobre los grupos de empresas y sobre los empresarios aparentes, derivando las responsabilidades solidarias, subsidiarias, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de Ley, que se refiera o no excluya expresamente a las obligaciones de Seguridad Social. De igual forma podrá dirigirse el procedimiento recaudatorio que se establece en la LGSS y su normativa de desarrollo, contra quien efectivamente reciba la prestación de servicios de los trabajadores que emplee, aunque formalmente no figure como empresario en los contratos de trabajo, en los registros públicos o en los archivos de las entidades gestoras y servicios comunes.

Un empresario racional, entendiéndolo por esto aquel que maximiza su posición competitiva, alcanzando con su gestión, altas cotas de productividad del factor trabajo, y por ende competitividad empresarial, deberá muchas veces situarse en el límite de lo que la jurisprudencia y doctrina legal, han ido elaborando en torno a la figura del grupo de empresas. Sobre la base de que la existencia del grupo como tal es o puede ser perfectamente lícita, siempre que el desenvolvimiento de la actividad en su seno, no suponga la presencia de los llamados elementos adicionales, que ya han sido enunciados y cuya presencia, son los que efectivamente desencadenan las derivaciones de responsabilidades en el orden laboral y de la Seguridad Social.

El grupo de sociedades se define como aquella organización de sociedades jurídicamente independientes, sujetas a una dirección económica unitaria. El concepto articula la definición sobre la base de dos elementos: a) la independencia jurídica de las sociedades que conforman el grupo, en su doble ámbito, patrimonial y organizativa; b) la unidad de la dirección económica de las sociedades que conforman el grupo. El grupo determina una estrategia general del conjunto, en torno al núcleo dirigente, que articula la actividad de todas las sociedades, desde la perspectiva de su gestión. La dirección unitaria exige que se encuentren centralizadas las decisiones financieras, sobre la base de la existencia de una efectiva dirección económica unitaria. Sin embargo y desde la perspectiva del derecho positivo, el concepto de grupo se construye sobre la existencia de una relación de dominio o control, en lugar de la existencia de una dirección económica unitaria

El artículo 42 C.Com determina el concepto en la mera posibilidad de dirección unitaria que permite en cualquier caso el control del conjunto de sociedades. Su caracterización exige: disponer de mayorías para la adopción última de decisiones a través de los derechos de votos, lo que le faculta para nombrar y revocar a la mayoría de sus administradores, legitimados para tomar y adoptar todo tipo de decisiones que determinan los designios societarios. En cualquier caso, cuando durante tres ejercicios, se tiene capacidad de nombramiento de la mayoría de administradores, que condicionan por lo tanto el devenir societario. Por otra parte, otros preceptos legales se inclinan por la noción de grupo atendiendo al criterio de la dirección unitaria efectiva. A modo de ejemplo podemos citar los artículos 8 de la Ley de Defensa de la Competencia y 4 Ley del Mercado de Valores que vienen a definir el grupo de sociedades en función del control o posibilidad de influencia dominante y en segundo lugar se refiere al concepto de “unidad de decisión”, que debe ser interpretado desde la óptica de la dirección unitaria.

Tipología básica de los grupos de sociedades, sobre la base de una acepción amplia referida a aquellos supuestos en que una pluralidad de empresas queda sujeta a una dirección económica común. 1. Grupos de derecho y grupos de hecho: Los primeros serían los que resultan de la adopción de los cauces jurídicos expresamente determinados para la creación del grupo, como puede ser un contrato de dominación y a cuya organización y funcionamiento se incorpora un régimen jurídico excepcional que deroga ciertas normas generales del Derecho de sociedades, entre otras, se legitima el poder de dirección de la sociedad dominante, o bien se subordina el interés de las sociedades al interés del grupo, exigiendo por otra parte y a modo de contrapesos, mecanismos protectores para los socios minoritarios y los acreedores sociales. 2. Clasificación basada en la naturaleza de las relaciones asociadas a la dirección común. Se distinguen los siguientes tipos de grupos sociales: dominicales, contractuales y personales. a) Los grupos dominicales, se basan en el control y la efectiva dirección de la sociedad matriz sobre la propiedad del capital de las sociedades dependientes. En cualquier caso, la sociedad dominante, directa o indirectamente, ostenta la titularidad del capital. b) Los grupos contractuales articulan la dirección común, sobre la base de relaciones contractuales entre la sociedad dominante y las sociedades dependientes. Entre otros: - El contrato de atribución de ganancias, en cuya virtud una sociedad se obliga a transferir sus ganancias a otra sociedad, a cambio de que aquélla le asegure ciertos rendimientos; - El contrato de arrendamiento o cesión de la explotación de la

empresa, por el que una sociedad cede a otra la explotación y disfrute de la empresa por un determinado precio; - El contrato de gestión de empresa, por el que una sociedad se obliga a gestionar los negocios de otra, en su nombre y por su cuenta. De igual modo se admite la creación de grupos de sociedades, a partir de la creación de relaciones de dependencia dirigidas a una dirección económica única entre sociedades. A tal efecto podemos indicar entre otros: contratos de licencia, contratos de suministro, contratos de distribución. También, los contratos base sobre los que se construyen los denominados grupos de subordinación. Éstos, también llamados grupos verticales, son grupos por excelencia. La mayor parte de los existentes en el tráfico jurídico se ajustan a este modelo organizativo. Estos grupos se caracterizan por hallarse las sociedades agrupadas en una relación jerárquica de dependencia entre sí, sobre la base de una sociedad dominante sobre las demás. Por su parte, los llamados grupos de coordinación, también llamados grupos horizontales, son aquellos en los que las sociedades agrupadas, aun cuando se hallan sujetas a una dirección económica unitaria, mantienen su independencia económica y jurídica a todos los efectos, si bien participan en la definición de la política empresarial común. Las sociedades se despojan voluntariamente de ciertas competencias decisorias, poniéndolas a disposición de una instancia superior. En ocasiones, las transferencias competenciales de organización y gestión, son asumidas en una instancia única de carácter centralizada, que puede suponerla creación de una sociedad, o el caso contrario, cuando el órgano especial de dirección que aglutina las competencias de dirección y gestión de manera menos visible, con eficacia meramente interna, lo que perfectamente podría quedar articulado como una sociedad civil, en las que sus pactos no trascienden a terceros. c) Los grupos personales se caracterizan por tener su origen en relaciones personales. La dirección económica unitaria se basa en la identidad de los administradores sociales. Hay grupo porque los administradores coinciden. Lo habitual de esta coincidencia se basa en razones familiares o financieras. Ésta opción está contemplada de manera expresa en nuestro ordenamiento, como ocurre con el artículo 4 de la Ley Mercado de Valores.

La consolidación contable. La obligación de llevarla a cabo, se justifica en que la información financiera, adolecería en caso contrario de desfases o desajustes, originado por la doble condición de autonomía jurídica referida a cada sociedad y la integración económica entre ellas. Las normas que imponen el deber de consolidación, aparecen recogidos en el artículo 42 C.Com. Y artículos 44 a 49 del mismo, que regulan los principios y técnicas para llevarla a buen término.

El fin de la consolidación contable es corregir las distorsiones que genera la contabilidad separada de cada sociedad. La contabilización de cada sociedad por sí sola, no es idónea para reflejar la realidad económica del grupo. La suma de las cuentas anuales correspondientes a cada una de las sociedades integradas en un grupo, no ofrecen la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera del grupo. El objetivo fundamental de la consolidación consiste en la eliminación de los efectos de las operaciones y transacciones dentro del grupo. De tal forma que la consolidación pretende que la contabilidad del grupo refleje solamente las relaciones externas, referidas estas a las relaciones del grupo con terceros. El deber de consolidación recae sobre la sociedad dominante o matriz. La sociedad dominante se define a estos efectos en el artículo 42.1 del C.Com, no exigiendo la efectiva dirección unitaria, sino que se exige sin más la posibilidad de llevarla a cabo. Ahora bien, la obligación de

consolidación no se exige en algunos casos, como por ejemplo el conjunto de las sociedades integradas en el grupo no sobrepasa los límites legalmente establecidos para la formulación de balance abreviado o en el caso de sociedades filiales que presentan escaso interés, para la representación de la situación económica del grupo, ni aquéllas en que la información necesaria para realizar la consolidación, obligue a gastos desproporcionados, tampoco a aquéllas en los que existan dificultades reales para ejercer el control, en cuyos casos hemos de remitirnos al artículo 43.2 C.Com.

Las cuentas consolidadas han de ser revisadas por el auditor nombrado al efecto por la Junta general de la sociedad dominante, en los términos dispuestos en el artículo 42.5 C.Com., que deben ser sometidas a la aprobación de la Junta de esta sociedad, sin perjuicio del derecho de los socios externos a obtener los documentos sometidos a la consideración de la Junta, conforme a lo dispuesto en el art. 42.6 C.Com. En cualquier caso, el deber de consolidación contable no exime a la sociedad dominante y al resto de las sociedades del grupo, individualmente consideradas de formular sus propias cuentas anuales, tal y como lo dispone el artículo 42.3 C.Com.

Las consecuencias jurídicas en el ámbito de las relaciones laborales, cuando el trabajador no solo se enfrenta ante una sociedad que gestiona la empresa para la que fue contratado, sino que la sociedad se encuentra inmiscuida, conformando un grupo de sociedades o un grupo de empresas, estos despliegan unas consecuencias y efectos de practica construcción jurisprudencial⁴⁰. El empeño jurisprudencial en resolver conflictos, haciendo justicia, y para el caso que ahora nos ocupa, considerando sofisticados instrumentos jurídicos, a través de los que se desarrollan en ocasiones, las relaciones laborales en ámbitos inter-empresariales, en la que se consagra como especial mecanismo protector, la responsabilidad solidaria de los integrantes del grupo, en favor del trabajador y en su caso de la propia Seguridad Social. Así, sí una sociedad forma parte de un grupo de sociedades, la cuestión esencial a efectos de determinar la posible extensión de la responsabilidad en el pago de las cantidades salariales y en su caso de las cuotas de la Seguridad Social, en relación con los trabajadores de otra sociedad integrante del mismo grupo, consistirá en determinar quién es el empresario. Que puede ser que coincida con la sociedad que formalmente ostenta esa cualidad o todo el grupo de sociedades en el que se integra, va a ser crucial. Llegar a clarificar quien ocupa esa posición como empresario del trabajador es determinante, por cuanto que no existe precepto alguno que, si fuese sólo la primera, obligue a los restantes componentes de éste a responder solidariamente de las obligaciones contraídas por aquélla.

La solución exige llevar a cabo una amplia actividad reflexiva, sobre la base de la interpretación del artículo 1.2 ET, en el que se define al empresario como la persona física o jurídica, o la comunidad de bienes, que reciba la prestación de los servicios efectuados por otra en forma personal, voluntaria, remunerada y dentro de su ámbito de organización y dirección. A lo que hay que añadir, la presencia o no de grupo, que no se determina por la presencia de lazos entre los socios o accionistas de las diversas sociedades, ni siquiera por un común administrador, sino por la sujeción a un poder único de decisión, por difuso o etéreo que este fuere, cualquiera que sea su forma y que actúa como tal, considerando al efecto lo dispuesto en el artículo 16 LJS, en relación

⁴⁰ Este posicionamiento jurisprudencial viene avalado entre otras por las STS de 30 enero, 4 y 9 mayo y 24 septiembre 1990, 31 enero y 6 y 22 marzo 1991 y 30 junio 1993.

con lo dispuesto en el artículo 42 C. Com. y artículo 18 LSC, que dispone la existencia de grupo de sociedades, cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 C. Com., siendo sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Estos vínculos serán la base o fundamento de la que surja esa dirección unificada o coordinada, pero no cabe hablar de grupo si ésta no se llegara a dar. Por todo ello, para que la condición de empresario recaiga en todo el grupo, se precisa no sólo ese poder de decisión común, sino que además, incida en el ámbito de las relaciones laborales, de tal forma que el receptor de los servicios sea el grupo y no la sociedad.

En principio y con carácter general, la sociedad que adopta formalmente la condición de empresario, se corresponde con el núcleo de imputación de derechos y obligaciones, derivada de la atribución de personalidad jurídica propia. Pero esa concepción formal, que insisto, en condiciones ordinarias, coincide con la condición de empresario en circunstancias reales, se evapora cuando, quienes rigen de hecho, los designios del grupo, actúan de forma que desconocen esa imputación circunscrita al ámbito de la sociedad, que actúa formalmente como empresario. De tal modo, que quien ha desconocido los límites de la personalidad diferenciada de la sociedad, que aparece como empresario formal de las relaciones laborales, no puede pretender valerse de ello para acotar sus responsabilidades, al ámbito de la sociedad individualmente considerada, cuando las relaciones laborales circunscritas en principio a ella de manera formal, trasciende dicho ámbito, en cuanto que es el grupo el que realmente actúa como empresario, porque le resulta de su interés. Lo que no significa generalizar y que no tenga virtualidad la regla de la distinta personalidad. Ésta que es la regla, exige considerar la personalidad jurídica y los efectos de su existencia, en su doble ámbito de derechos y obligaciones, en su actuar como empresario. No es posible desde la óptica de nuestro derecho, acudir a la personalidad de la sociedad cuando se trata de dar, de asumir obligaciones, mientras que acudimos a la noción de grupo, cuando se trata de recibir, o sea, de materializar los derechos derivados de su condición de empresario. Admitir lo contrario, sería renunciar e infringir los principios en los que se construye nuestro ordenamiento, sobre la base de ampararse en el fraude de ley en el uso de la personalidad jurídica, que obliga a los órganos judiciales a considerar al grupo como empresario, que expande el ámbito de las relaciones laborales, formalmente constreñida al de la sociedad. En caso contrario, conculcaríamos el tenor del artículo 6.4. CC, que dice que “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

La jurisprudencia más reciente, viene a equiparar en ocasiones las consecuencias de la existencia de un grupo de sociedades o en su caso del grupo de empresas, teniendo en cuenta su perspectiva patológica tal y como ha sido presentado a estos efectos por la jurisprudencia. Por lo tanto, para que se desencadenen las consecuencias de la existencia de un grupo que opere como tal, es igual que lo sea porque los servicios que prestan los trabajadores quedan sujetos a órdenes directas ajenas a la sociedad a la que pertenecen formalmente. También, cuando los trabajadores realicen sus actividades independientemente para las diferentes empresas que conforman el grupo, donde existe una clara confusión de plantillas. Desde luego cuando

exista una confusión o trasvase patrimonial entre las distintas sociedades con apariencia externa de unidad, que produzca o influya en la situación de crisis, que afecte a alguna de las empresas o merme las garantías de cobro de las deudas contraídas con sus trabajadores. Por supuesto que también se incluyen en el elenco de situaciones ahora contempladas, los supuestos en los que las distintas sociedades se constituyen con fines elusivos de las responsabilidades empresariales, mediante la creación de las llamadas sociedades pantallas o utilizando con fines torticeros, la personalidad jurídica en perjuicio de los trabajadores. Pues bien, en todos estos casos, la jurisprudencia ha dispuesto atribuir la cualidad o condición de empresario a todo el grupo, como si actuara como único empresario en relación con los trabajadores de las distintas empresas que lo conforman, asumiendo todas las responsabilidades que asumía como empresario a todos los efectos. En la práctica y teniendo en cuenta la adscripción formal de los trabajadores a sus distintas empresas, lo que se prevé es la imputación de la responsabilidad derivada de las relaciones laborales a cuantas lo componen, que les incumbirá en forma solidaria y con independencia lógicamente de que sea sólo uno de ellos quien figure como empresario.

Se ha ido creando una importante jurisprudencia y doctrina judicial, para calificar la existencia de grupo de empresas en los despidos colectivos y en los despidos objetivos. Así podemos citar la STSJ Madrid 30-5-2012. En este caso “para la acreditación de los resultados alegados por la empresa, el empresario... deberá aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales a la presentación de la solicitud del expediente, firmadas por los administradores o representantes de la empresa solicitante. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría”.

La jurisprudencia ha debido paliar las escasas referencias legales a las diversas manifestaciones de la concentración de capitales y fuerzas empresariales y en todo caso, la falta de su regulación sistemática, tanto en el ámbito del Derecho mercantil, como el fiscal y en el del Derecho del trabajo. A tal efecto destacamos la STS de 25-6-2009. Como consecuencia de tan escaso tratamiento, la cuestión primordial que se plantea es la de configurar lo que en la terminología mercantilista se conoce por “grupo de sociedades” y que en el campo laboral es generalmente denominado “grupos de empresas”.

La jurisprudencia ha llegado al consenso de considerar grupo, cuando los vínculos entre las empresas que lo componen, más intensa que las uniones consorciales, sindicatos y cárteles, pudiendo definirse el grupo en consecuencia como, el integrado por el “conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria”. De donde entresacamos una doble caracterización: a) la independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial, ya que mantienen la titularidad del patrimonio, como en el organizativo, en cuanto que se estructuran por sus propios órganos; b) la dirección

económica unitaria, cuya intensidad es variable en función del grado de centralización, pero que en todo caso ha de alcanzar a las decisiones financieras, es decir realizarse en la forma de una política empresarial común, bien sea en términos de control, grupos verticales o de subordinación, bien en los de absoluta paridad, encontrándonos entonces ante los llamados grupos horizontales o de coordinación.

La característica atribuida al grupo, que presenta mayor dificultad, es la relacionada con el concepto de la “dirección unitaria”. En relación con éste, “la doctrina mercantilista no considera suficiente para apreciar su existencia y por ende la consiguiente del grupo, la simple situación de control o dependencia societaria, consecuencia de la titularidad de las acciones o participaciones sociales, así como por la identidad de los miembros de órganos de administración, sino que es preciso que la sociedad dominante ejerza de forma decisiva su influencia, imponiendo una política empresarial común”. Sin embargo, en el ámbito del Derecho del trabajo, las dificultades probatorias y la seguridad jurídica, excluyen la exigencia del ejercicio efectivo de la dirección unitaria y consideran suficiente, con la mera posibilidad de dicha dirección común, atendiendo a la existencia de control societario. Sin duda este es el concepto amplio que sigue el artículo 42.1 C.Com, al considerar que una sociedad es dominante de otra dominada, cuando posee la mayoría de capital, la mayoría de votos o la mayoría de miembros del órgano de administración. Concepto amplio que se desprendía también del artículo 4 LMV, que en la redacción anterior a la hoy vigente, Ley 24/1988, de 24 de julio, disponía que “se considerarán pertenecientes a un mismo grupo, las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de las demás”. De igual forma se pronunciaba el art. 2 RD 1343/1992, de 6 de noviembre, de desarrollo de la Ley 13/1992, de 1 de Junio, sobre entidades financieras, al manifestar que para “determinar si existe una relación de control, se atenderá a los criterios previstos en el artículo 4 de la LMV, redacción dada por Ley 24/1988. También podemos aludir al respecto a la unidad de decisión referida en el artículo 78 LCoop. La hoy derogada Ley de Sociedades Anónimas se decantaba en su artículo 87 por un concepto parecido, cuando decía “que se considerará sociedad dominante, a la sociedad que directa o indirectamente, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que por cualesquiera otros medios, pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación”. La LMV alude al grupo en su artículo manifestando que “se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del C.Com”. El artículo 19 LSC manifiesta que “a los efectos de esta Ley, se considerará que existe grupo de sociedades, cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del C.Com y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”.

Resta por mencionar el Derecho de la UE al respecto. Hay que considerar los artículos 1.2 y 2 de la Directiva 7 (13/Junio/1983) y en el art. 2 de la Directiva 94/45/CE, de 22/Septiembre/1994, traspuesta a nuestro Derecho por referida Ley 10/1997, de 24 de abril, cuyo contenido hace referencia a que: “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por...grupo de empresas: un grupo que comprenda una empresa que ejerce el control y las empresas controladas”.

De manera sintética diremos que la regla general, va a ser la de considerar en primer lugar la responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo, pero

que admitiendo la trascendencia laboral del grupo “en ciertas circunstancias o cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales, se desencadenan las responsabilidades del propio grupo, que es quien opera en la realidad desde la perspectiva laboral en los casos anteriormente citados”.

Ahora bien, el desencadenamiento de las responsabilidades en el propio grupo, no desvirtúa un ápice, la concepción jurisprudencial consolidada, que parte del principio de que el grupo de sociedades es “una realidad organizativa en principio lícita y que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil”. “El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo y en lo concerniente a ellos, sistematizados en múltiples sentencias, lo que supone como nota característica, que los supuestos de conformación del grupo de empresas en el ámbito laboral, tiene un carácter más restringido que el del grupo de sociedades, en el ámbito del Derecho mercantil.

Esos criterios mantenidos por nuestra jurisprudencia en relación con el concepto de grupo laboral son constantes y se refieren a los que a continuación se indican: 1. No es suficiente el hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial, para derivar una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas, con sus propios trabajadores, afectando a todo el grupo como responsable solidario. 2. La dirección unitaria de varias empresas no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues tal dato tan sólo será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad solidaria por obligaciones de una de ellas. 3. La existencia de una dirección comercial común, no es característica suficiente para afirmar la existencia de una unidad empresarial y en consecuencia imputar la responsabilidad solidaria del grupo. 4. El hecho consistente en que una sociedad tenga acciones en otra o que varias empresas lleven a cabo una política de colaboración, no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales y en consecuencia, no supone la imputación de la responsabilidad solidaria a los que conforman esa unidad de acción referida. 5. La coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo, carece de eficacia para ser determinante de la imputación solidaria de los que conforman esa unidad, partiendo desde luego del argumento consistente en que cada una de las sociedades tienen personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios. 6. No cabe exigir la responsabilidad solidaria por el sólo hecho de que el administrador único de una sociedad sea representante legal de otra, ya que la mera coincidencia de un administrador en ambas, aunque comportara una dirección unitaria, no determinaría sino la existencia de un grupo de empresas, pero no necesariamente la imputación de la responsabilidad solidaria de aquéllas.

Esos elementos adicionales, necesarios para la imputación de la responsabilidad solidaria de las empresas que conforman el grupo y que ya se ha manifestado respecto de ellos como necesarios, por una jurisprudencia fundamentalmente pacífica al respecto, al menos algunos de ellos, son los que a continuación se exponen: 1) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo. Sin embargo no ha de considerarse propiamente adicional, la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la

manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél. 2) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo. Ahora bien, el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, procede cuando se tiene una proyección individual, la prestación de trabajo indistinta o colectiva, esto es el caso de la confusión de plantillas, que determinan una pluralidad empresarial, en cuanto que son diversas las empresas que reciben la prestación de servicios. 3) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales. En este caso, con el elemento creación de empresa aparente, íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas, se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente en la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. 4) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. La confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio, y tampoco es necesariamente derivable, aunque pueda ser un indicio al efecto, de la mera utilización de infraestructuras comunes de todas las empresas inmersas en la existencia o no del grupo. Por otra parte, la caja única hace referencia a lo que doctrinalmente se ha calificado como “promiscuidad en la gestión económica y que al decir de la jurisprudencia, se alude a la situación de permeabilidad operativa y contable”. La legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio del derecho, determinante de solidaridad cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante.

A modo de síntesis, la enumeración de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresa del grupo, bien pudiera ser la que sigue: 1) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo. 2) la confusión patrimonial. 3) la unidad de caja. 4) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa aparente. 5) el uso abusivo o anormal de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores.

En lo concerniente a la extensión de la responsabilidad solidaria y su imputación a las empresas que conforman el grupo, el TS ha expuesto que “ello va a depender de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad. Entre otras cosas, porque en un entramado de...empresas..., la intensidad o la posición en relación de aquéllas con los trabajadores o con el grupo no es la misma”.

3. El centro de trabajo y la empresa. Referencia a los lugares de trabajo.

Existen diferentes opciones o alternativas posibles a la hora de explicar la empresa como realidad jurídica. Para algunos, prima su concepción unitaria como si de

un todo se tratase, mientras que para otros lo que prevalece es la existencia de un conjunto de elementos, que tienen entidad propia. Otros identifican empresa con establecimiento o centro de trabajo. De igual forma existe una tendencia también a identificar empresa y empresario. Incluso, los defensores de la llamada teoría institucional, la empresa tiene una personalidad distinta de la de su titular. Ahora bien, considerando la empresa como constitutiva de elementos separables, con entidad jurídica autónoma, los mismos conforman un todo en cuanto predispuestos a un fin. Siendo función del empresario la de organizar y gestionar la empresa, su actividad se desenvuelve dirigiendo un todo comprensivo de los diferentes factores de la producción, que se disponen para alcanzar el objeto al que se dedica la empresa. Esto nos lleva a la consideración de la empresa como esfera de actividad organizada de su titular, que va más allá del mero conjunto de elementos materiales organizados que lo componen.

Para la otra parte del contrato, el trabajador, tiene importancia inusitada por diversas razones el centro de trabajo o lugar donde efectivamente se presta el trabajo. Éste concepto es diferente del de empresa y también del de establecimiento. El centro de trabajo es definido como unidad productiva autónoma, a diferencia de los conceptos de sucursales, delegaciones o agencias, en los que su existencia queda condicionada a necesidades de la actividad económica desplegada por la empresa y en cuya virtud se delegan poderes de decisión económica a los apoderados que dirigen las mismas. Qué duda cabe que estas delegaciones, agencias o sucursales son al unísono centros de trabajo.

La primera consecuencia que sacamos de lo expuesto es que no es lo mismo empresa y centro de trabajo. Una empresa puede tener diferentes centros de trabajo. La legislación laboral define el centro de trabajo, no así la empresa. El artículo 1.5 ET dispone que es centro de trabajo “la unidad productiva con organización específica que sea dada de alta como tal, ante la autoridad laboral”. En otros preceptos se enuncia el concepto. Así en el artículo 40.1 del ET “...para prestar sus servicios en empresas con centro de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija un cambio de residencia”. El artículo 44.1 del ET “El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral...”. El artículo 62.1 del ET “La representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tengan menos de 50 y más de 10 trabajadores corresponde a los delegados de personal”. El artículo 63.1 y 2 del ET “El comité de empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses, constituyéndose en cada centro de trabajo cuyo censo sea de 50 o más trabajadores. En la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los 50 trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto. Cuando unos centros tengan 50 trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro”.

Un cambio trascendente relacionado con la propia dinámica de autorizaciones previas para el desarrollo de las actividades en los centros de trabajo, propio de un Estado intervencionista en el desarrollo de la actividad económica y que desde el prisma del Derecho socio-laboral venía recogido en la LGSS, vino de la mano de la mano del

Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales, cuyo artículo 6.1⁴¹ establecía “la supresión del requisito de la previa autorización para proceder a la apertura de un centro de trabajo o para reanudar o proseguir los trabajos después de efectuar alteraciones, ampliaciones o transformaciones de importancia, previsto en el artículo 187.1 LGSS. En adelante, será suficiente la comunicación de la apertura del centro de trabajo o de la reanudación de los trabajos debidamente documentados y ajustados al Ordenamiento Jurídico, con carácter previo o dentro de los treinta días siguientes a la apertura, a la autoridad laboral competente, quien la pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a los efectos previstos en el Convenio 81 de la OIT”. En relación con las obras de construcción, hay que remitirse al artículo 7.2. de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que introduce el apartado 3 en el artículo 6.3 del R.D Ley 1/1986.

No obstante lo dicho, hemos de diferenciar aún entre centro de trabajo y unidad productiva autónoma, que el artículo 44.1 del ET menciona expresamente y que responde a realidades distintas. Mientras el centro de trabajo requiere la existencia de una unidad productiva que debe contar con una organización específica, amén de ser comunicado su apertura a la autoridad laboral y encontrarse de alta como tal ante ella, la unidad productiva es el compendio de elementos materiales y humanos susceptible de individualización, en el contexto de un centro de trabajo y que por lo tanto cuenta con sustantividad propia dentro de él. Significa ello que puede haber varias unidades productivas diferenciadas en el seno de un centro de trabajo. A modo de ejemplos, los servicios de comedor de una empresa o la atención de viajeros en aeropuertos.

La problemática puede ser diferente a las enunciadas hasta ahora. Así, cuando existan varios empresarios que coinciden en un mismo centro de trabajo, amén de poner en práctica la coordinación de actividades empresariales, debemos clarificar el concepto de centro de trabajo, cuando en él operen indistintamente varias empresas. En este contexto hemos de remitirnos al artículo 2 del RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la LPRL, en materia de coordinación de actividades empresariales, que lo define como el “área, edificada o no, a la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo. Es decir, es el área definida en el contrato, donde la empresa contratista realizará la actividad que se le contrata”. En ocasiones será todo el centro, que de tratarse de una empresa con un solo centro de trabajo, entonces coincide centro de trabajo con la totalidad de instalaciones de la empresa. Queda clara pues la importancia de delimitar el concepto de centro de trabajo, entre otras cosas para analizar si las empresas comparten área de trabajo y en consecuencia, son susceptibles de ser coordinadas.

Existe otro concepto en discordia a colación con el hilo conductor de la exposición: los lugares de trabajo. Todo hace indicar que éste sería el género, en tanto que el de centro de trabajo representaría la especie. Sin embargo, desde la óptica del

⁴¹ Número 1 del artículo 6 redactado por el número uno del artículo 7 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

Derecho del trabajo, el concepto “lugar de trabajo”, se refiere en exclusiva al ámbito de la prevención de riesgos, en cuanto que define los diferentes espacios físicos donde el trabajador puede desarrollar su actividad, que debe estar sujeto en cualquier caso a las directrices de protección que marca la legislación en materia de prevención de riesgos. Paradigmático al respecto es el RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, cuyo artículo 2 los define como “las áreas del centro de trabajo, edificadas o no, en las que los trabajadores deban permanecer o a las que puedan acceder en razón de su trabajo. Se considerarán incluidos en esta definición los servicios higiénicos y locales de descanso, los locales de primeros auxilios y los comedores. Las instalaciones de servicio o protección anejas a los lugares de trabajo se considerarán como parte integrante de los mismos”. Este Reglamento se aplica a una amplia gama de lugares de trabajo, no sólo a instalaciones industriales, fábricas y oficinas, sino también a escuelas, hoteles, hospitales, universidades, etc. El término “lugar de trabajo” también incluye cualquier local, pasillo, escalera, vía de circulación, etc. situado dentro de las instalaciones citadas. Expresamente se consideran incluidos en la definición de lugares de trabajo los servicios higiénicos, los locales de descanso, los locales de primeros auxilios y los comedores.

Hemos dicho que cuando hablamos de lugar de trabajo nos estamos refiriendo a aquellas áreas del centro de trabajo, edificadas o no, en la que las personas deben permanecer o deben acceder debido a su trabajo. Sin embargo, no se debe olvidar que también puede acudir y/o permanecer público, clientes, pacientes o usuarios de servicios. Igual consideración tendrán todas aquellas instalaciones consideradas de servicio; es decir, salas de calderas, salas de compresores, sala de máquinas de ascensores. De igual modo y al amparo del RD 614/2001, de 8 de junio, sobre disposiciones mínimas para la protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente al riesgo eléctrico, quedan integrados en la definición de lugares de trabajo, los tendidos eléctricos, ya estén en medio urbano o rural, postes, etc. Además, el RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la LPRL, también extiende esta definición a cualquier lugar dónde pueda permanecer un trabajador durante sus labores, aunque no sea propiamente un "centro de trabajo". Quizás la definición más acorde del concepto es la que se desprende del contenido del RD 614/2001, de 8 de junio sobre disposiciones mínimas para la protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente al riesgo eléctrico, donde se define lugar de trabajo con riesgos eléctricos. Se integra en el concepto, cualquier lugar al que el trabajador pueda acceder, en razón de su trabajo. El término lugar de trabajo incluye cualquier local, pasillo, escalera, vías de circulación, servicios higiénicos, locales de primeros auxilios, comedores, centros de transformación de energía eléctrica, etc. situados dentro de la amplia gama de instalaciones industriales, fábricas, oficinas, centrales eléctricas, subestaciones, obras temporales, campos de cultivo, bosques y otros terrenos que formen parte de una empresa o centro de trabajo agrícola o forestal o a campo abierto, a las que el trabajador pueda acceder, en razón de su trabajo. En este Reglamento, el término “lugar de trabajo” es aún más amplio que el definido como tal en el RD 486/1997, ya que incluye el ámbito de aplicación que aquel excluye: a) Los medios de transporte utilizados fuera de la empresa o centro de trabajo, así como los lugares de trabajo situados dentro de los medios de transporte; b) Las obras de construcción temporales o móviles; c) Las industrias de extracción; d) Los buques de pesca; e) Los campos de cultivo, bosques y otros terrenos que formen parte de una

empresa o centro de trabajo agrícola o forestal, pero que estén situados fuera de la zona edificada de los mismos.

Este tercer concepto en discordia, el de lugares de trabajo, nos lleva a diferenciarlo de otro, el de puesto de trabajo, ya que los lugares de trabajo están destinados a albergar los puestos de trabajo. La idea de puesto de trabajo se aplica, en principio, al espacio físico donde se realiza una actividad laboral. Se define como puesto de trabajo al área establecida para que el trabajador cumpla una determinada tarea dentro del proceso de trabajo, estando dotado de los medios de trabajo necesarios para ejecutar una determinada tarea. El puesto de trabajo es por tanto la zona de actividad laboral de uno o varios trabajadores, equipada con los correspondientes bienes de capital y donde el hombre procede a transformar productos o prestar servicios inherentes a su cargo u ocupación.

Sin embargo, en algunos oficios no hay un lugar concreto donde se efectúan las tareas laborales (por ejemplo un conductor o un pastor). En consecuencia, el concepto de puesto de trabajo también se refiere a la actividad en sí misma. Esto nos lleva a pensar, que existen oficios donde la noción de lugar físico es irrelevante, ya que muchos oficios se realizan de manera itinerante. Esto ha supuesto una auténtica revolución conceptual de lo que debe considerarse como puesto de trabajo. Las nuevas tecnologías han traído nuevas modalidades de empleo: el teletrabajo, donde mucho ha tenido que ver la irrupción tecnológica asociada a la sociedad de la información y en la que ocupa un lugar preeminente los ordenadores, que en ocasiones y este es el caso, el lugar donde realizar el trabajo es irrelevante, sino que lo único que importa es la función que se lleva a término. Esta transformación tiene efectos diversos. Pensemos en la tienda tradicional, que está perdiendo su función y poco a poco aparecen los comercios “on line”, en los que el consumidor realiza sus compras sin necesidad de desplazarse y en donde las grandes compañías de distribución adquieren los primeros puestos en el ranquin de empresas por capitalización bursátil.

Es común la adjetivación del concepto “puesto de trabajo”, como puestos de trabajos normales, salarios asociados al puesto de trabajo, amén de pretender en ocasiones la confusión con los conceptos de ocupación o cargo. Éstos se relacionan habitualmente como unidades de la organización, a los que se asocian deberes y responsabilidades. De donde se colige que puesto de trabajo y cargo u ocupación, no son términos sinónimos. El cargo u ocupación puede ser definido como el conjunto de tareas laborales determinadas por el desarrollo de la técnica, la tecnología y la división del trabajo. Existe otra acepción del concepto de común uso, que expresa el haz de funciones asignadas con carácter general a los técnicos muy cualificados y aquellos con funciones gerenciales en las empresas, expresadas de manera abstracta y general y que posibilitan la construcción del concepto para ellos de sus puesto de trabajo, donde prevalece el contenido funcional de las actividades para los que son contratados, en menoscabo de las consideraciones físicas usualmente utilizadas para conceptualizar el puesto de trabajo.

Hemos de concluir una vez examinado los diferentes conceptos, para expresar que los términos empresa y centro de trabajo, son definitivos como unidades de referencia por el empresario, para gestionar los diferentes factores de la producción circunscritos a los diferentes ámbitos de la empresa o de centro de trabajo. Éstos son los que aparecen mencionados en la legislación laboral, como referencias espaciales para la

toma de decisiones empresariales. El ajuste empresarial de los efectivos humanos existentes, tienen como referencia siempre el centro de trabajo, bien la empresa como unidad. Los instrumentos que el legislador ha puesto al servicio de los empresarios en el ET, como la movilidad funcional, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la movilidad geográfica, las suspensiones o reducciones de jornada y despidos colectivos...utilizan indistintamente los términos empresas y centro de trabajo, pero en el Derecho español se ha venido utilizando el término “empresa” como unidad de referencia y por lo tanto de afectación de las decisiones que tome el empresario en virtud de la aplicación de los artículos 39, 40, 41, 47, 51, 52 y 82.3 del ET. Ello condiciona todo el aspecto formal del expediente que se incoa, fundamentalmente referido a una doble vía, la de los trabajadores afectados y que quedan limitados por los umbrales establecidos en algunos de los artículos referidos y la de la documentación que debe acreditar las causas justificativas del procedimiento que se incoa. Pues bien, la cuestión ha sufrido un vuelco importante, considerando lo que se consideraba hasta entonces. A través de una cuestión prejudicial, el TJUE⁴² advierte que la definición de despido colectivo empleada en la Ley española es contraria al Derecho de la UE.

La legislación patria emplea en los artículos referenciados de manera indistinta, los términos empresa y centro de trabajo, si bien utiliza el término “empresa” como única unidad de referencia, en el que se contextualiza el expediente y en donde surte sus efectos, lo que puede obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en el Derecho de la UE⁴³, amén de desvirtuar desde esa opción los umbrales de referencia que limitan los despidos colectivos o las modificaciones sustanciales de trabajo de carácter individual.

La sentencia dictada por el TJUE recuerda que, cuando una “empresa” está constituida por un conjunto de “entes o centros”, el “centro de trabajo” en el sentido de la Directiva es la entidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido. En consecuencia, procede tomar en consideración el número de despidos efectuado en cada centro de trabajo de una misma empresa⁴⁴.

El Tribunal de Justicia dispone la infracción de la normativa española⁴⁵ sobre la Directiva, en cuanto que recoge como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en la Directiva. La utilización de uno u otro término es sustancial en una doble consideración. Bien en la aplicación de los umbrales que actúan de límite para calificar el despido como individual o colectivo, bien porque el empresario se dispone a iniciar un procedimiento de ajuste circunscrito al centro de trabajo como unidad productiva, aunque lo sea lógicamente dentro del contexto de la empresa, como unidad de gestión.

⁴² Sentencia en el asunto C-392/13; Caso Andrés Rabal Cañas/Nexea Gestión Documental S.A., Fondo de Garantía Salarial. 13 de mayo de 2015.

⁴³ Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

⁴⁴ También la sentencia Lyttle y otros (asunto C-182/13) y la sentencia de 30 de abril de 2015 USDAW y Wilson (asunto C-80/14).

⁴⁵ Artículo 51, apartado 1, párrafo primero, letra b), del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

4. Los poderes del empresario inherentes a su condición: el ius variandi, poderes de dirección, poderes de control sobre la persona del trabajador y el poder disciplinario.

Los poderes del empresario para organizar su empresa encuentran su fundamento en el concepto de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 CE. Los poderes circunscritos al empresario en el ámbito de su gestión natural, son los de organización, dirección y disciplinarios. En el contexto de los dos primeros, debemos encuadrar el llamado “ius variandi”, también conocido como poder del empresario de solicitar del trabajador, la realización de funciones diferentes de las que venía realizando de manera habitual, con la limitación de pertenencia al grupo profesional y en caso de inexistencia de éste, se tendrán en cuenta, las categorías profesionales equivalentes.

El Derecho positivo, regula los referidos poderes en los siguientes artículos del ET: poder de dirección y organización empresarial, en los artículos 5.c) y 20.1 y 2E T; mientras que el “ius variandi”, aparece contemplado en el artículo 39 ET; por su parte, el poder disciplinario del empresario tiene su reflejo en el artículo 58 ET.

La existencia de la atribución de dichos poderes es connatural al ejercicio de la actividad económica por empresarios. No sería posible una mínima gestión eficaz, sin contar con su concurso. El hecho en sí de su atribución, supone que el legislador cuando construyó la relación jurídica laboral, otorgó a la otra parte en la relación, el trabajador, en situación de dependencia o subordinación respecto de la otra parte, el empresario. El Tribunal Constitucional⁴⁶ ha intervenido en la vertebración de dicha relación jurídica, atribuyendo la consideración del carácter imprescindible del poder de dirección del empresario, para la adecuada organización productiva. Ahora, el Tribunal Constitucional⁴⁷, con ocasión del examen del RD-Ley 3/2012, se decanta porque el artículo 38 CE, se erija en un límite al Derecho al trabajo recogido en el artículo 35 CE. Esto viene a corroborar una vez más, que la propia construcción del Derecho del trabajo, no crea esa parte del ordenamiento jurídico, mediante reglas encaminadas a proteger de manera exclusiva a los trabajadores, en cuanto que tutela y otorga protección a los intereses empresariales, que se ponen de manifiesto en la relación jurídica laboral⁴⁸.

4.1. El poder de dirección y gestión de los efectivos humanos.

El artículo 5.c) ET titulado genéricamente como “Deberes laborales”, determina como deberes básicos de los trabajadores en la relación de trabajo, “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas”. De donde se desprende que el empresario en el ejercicio regular de su poder de dirección,

⁴⁶ STC 3/1983, de 25 de enero.

⁴⁷ STC de 16 de julio de 2014.

⁴⁸ STC 3/1983, de 25 de enero.

puede dictar órdenes e instrucciones y por ende, exigir su cumplimiento. Lo que debe relacionarse a su vez con el artículo 20.2 ET, enunciado “dirección y control de la actividad laboral”, que de manera concreta determina que “en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”.

La faceta fundamental del poder de dirección del empresario, consiste en la facultad que ostenta el empresario para organizar y dirigir el trabajo. El límite que marca el ordenamiento a dicha potestad, queda referida a su vez, a los correspondientes derechos que las normas otorgan al trabajador. Es decir, el poder de dirección no puede transgredir los derechos reconocidos al trabajador, que fijan las condiciones de trabajo a través de normas legales, convenios colectivos y en última instancia y como fuente legitimadora de las obligaciones que asumen las partes en el en la relación laboral, lo prevenido en el contrato de trabajo.

Se analiza el deber de obediencia del trabajador como fundamento de la relación laboral que le une al empresario y del trabajo por cuenta y bajo dependencia ajena, así como causa de despido disciplinario cuando no se cumple, en relación con el poder de dirección que el empresario tiene sobre el trabajador y sus límites.

Es paradigmática con la cuestión ahora objeto de análisis, la STS de 7 de marzo de 2007. Su análisis es enfocado desde la óptica de la desobediencia del trabajador a las órdenes del empresario en el ejercicio regular de su función como tal. De tal modo que la indisciplina o desobediencia en el trabajo, es recogida como causa del despido disciplinario, en atención al artículo 54.2.b ET. Se hace preciso relacionarlo con el artículo 38 CE que garantiza la libertad de empresa. Lo que tiene una consecuencia trascendente al respecto, o sea, el ordenamiento reconoce y otorga al empresario un conjunto o haz de potestades, que conforman su poder de dirección y que en consecuencia le faculta para determinar el contenido de la prestación laboral acordada y exigir, como no podía ser de otra manera, ya que sería estéril dicho poder, para que se cumplan dichas órdenes e instrucciones. A continuación debemos referirnos a los límites del poder, o lo que es lo mismo, pero visto desde la óptica del trabajador, es decir, cuando es legítimo que el trabajador incumpla legítimamente las órdenes del empresario. Su análisis exige considerar dos cuestiones: 1. las órdenes empresariales conllevan una presunción de legalidad, de complicada demostración en contrario. 2. Hay que estar al caso concreto, ya que cada situación presumiblemente es diferente, en cuanto que no existe una regla general de naturaleza legal, que permita determinar cuándo una orden empresarial ha sido o no ejercida en el regular ejercicio de su poder de dirección. Por lo que se estará a lo que el juzgador decida y entienda a cerca del concepto del “ejercicio regular por el empresario de su poder de dirección y organización”.

El poder de dirección es connatural con el concepto de empresario. No es posible la existencia del empresario sin facultad y legitimación legal de organización y dirección, sobre el factor de producción trabajo. Ahora bien, hay que buscar el

fundamento del Derecho del trabajo en relación con ese derecho natural del empresario, en cuanto que parte del fundamento de su nacimiento, lo fue para limitar los poderes empresariales. Es decir, el Derecho del trabajo limita el libre juego de la autonomía de la voluntad de las partes para normar las relaciones de trabajo, a través del contrato de trabajo. Por lo tanto, limita las posibilidades del contrato de trabajo, en cuanto que las reglas que conforman el Derecho del trabajo, suponen un compendio de reglas heterónomas, ya que las normas laborales emanan de una voluntad diferente de la del sujeto obligado, cuya opción o consentimiento acerca del contenido de la norma carece de relevancia. Es decir, se reduce el ámbito regulador del contrato de trabajo, en cuanto que este se encarga de determinar límites al poder de dirección del empresario. Por otra parte, el propio Derecho del trabajo ha otorgado la necesaria seguridad jurídica, ya que no sólo limita el poder de dirección del empresario, sino que le otorga la necesaria legitimidad jurídica⁴⁹. Es preciso para clarificar la cuestión, atenerse a las definiciones doctrinales existentes. Montoya Melgar⁵⁰ lo define como “el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo de la empresa”. También otra opción doctrinal, representada en este caso por Alonso Olea y Casas Baamonde⁵¹, define el poder de dirección “como la facultad o derecho potestativo, que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de las prestaciones laborales, e incluso especificar cuáles son las debidas, conforme a la cualificación profesional del trabajador, derivando así el poder disciplinario sin el cual el poder de dirección carece de fuerza alguna”. Podemos extraer de la definición una serie de consecuencias, importantes de resaltar, para comprender la dimensión de la realidad en que consiste el poder de dirección⁵²: 1. la potestad que el empresario ostenta de organizar sus recursos humanos y materiales. 2. Para que ello sea viable es preciso que el empresario pueda dictar instrucciones laborales genéricas y particulares. 3. Por último, la necesidad de exigir su cumplimiento por el empresario, exige que el mismo pueda adoptar toda una serie de medidas sancionadoras, que van a configurar la facultad disciplinaria, amén de poder practicar sobre la persona del trabajador, la necesaria vigilancia en el desempeño de la actividad laboral por éste.

La razón última del poder directivo, aparece resumido en la nota de la ajenidad característica del contrato de trabajo, que fundamenta el poder del empresario. Ahora bien, las facultades empresariales no son omnicomprendivas, sino que se encuentran limitadas en cualquier caso, legal y contractualmente. Por ello, no es posible defender la existencia de un genérico deber de lealtad, ampliamente considerado, que sujetaría al trabajador al interés empresarial⁵³.

Todas las reformas operadas en el ET desde su redacción originaria en 1980, han ido ampliando el poder del empresario, constreñido de manera innecesaria y absurda en aras al carácter tuitivo del Derecho del trabajo, principio y pilar básico de la legislación laboral del antiguo régimen, que adquiere carta de naturaleza con la promulgación de la

⁴⁹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Poder de dirección y derecho contractual”, en Escudero Rodríguez, R. (Coord.), El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas. Madrid: La Ley, 2005. Página 6.

⁵⁰ Montoya Melgar, A., El poder de dirección del empresario. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1965. Página 44.

⁵¹ Alonso Olea, M., Casas Baamonde, M.E., Derecho del Trabajo. Madrid: Universidad Complutense, 1997. Página 377.

⁵² STS de 7 de marzo de 2007.

⁵³ STC 120/1983, de 15 de diciembre.

Ley de Contratos de Trabajo de 1944. Además de la reforma de 1994, las otras dos más próximas, la de 2010 y 2012, se han fortalecido los poderes empresariales frente a los trabajadores. La Ley 3/2012 ha otorgado mayores facultades en aras a una más eficiente y eficaz gestión ordinaria de la empresa, en la toma de decisiones que puede tomar el empresario, en cuanto que le permite gestionar aspectos básicos de la relación de trabajo, como por ejemplo ha sido todo lo relacionado con la modificación de la jornada de trabajo, regulada en el artículo 34 ET, lo que permite ajustar el factor trabajo en la estructura de la función de producción, para hacerlo más productivo. También, la reforma ha otorgado un papel preminente del empresario, con las modificaciones introducidas en todo lo concerniente a la negociación colectiva, centrada en este caso en los artículos 82.3, 84.2 y 86.3 ET. El revés de la cuestión, esto es, los límites impuestos al poder de dirección y organización del empresario, siguen persistiendo a pesar de las diferentes reformas operadas. Por una parte, los límites impuestos en el contenido de los derechos fundamentales: el derecho a la intimidad⁵⁴, dignidad y no discriminación. Otro límite puede ser circunscrito al ámbito del contrato de trabajo, en relación con las posibles desviaciones de las facultades organizativas y de dirección de la actividad empresarial por el empresario⁵⁵, que avala el poder del empresario de dar instrucciones y órdenes dentro de los términos del contrato de trabajo. Y por último, hacer referencia a la buena fe, que debe ser considerada ahora como límite a dicho ejercicio de la potestad por el empresario, considerando a estos efectos los artículos 7 y 1258 CC y 20.2 ET.

4.2. El “ius variandi”.

El *ius variandi* es la facultad que tiene el empresario de alterar unilateralmente condiciones no esenciales del contrato individual de trabajo.

Se considera que esta facultad deriva del derecho del empresario de organizar y dirigir la actividad de sus trabajadores. Los límites a la aplicación del *ius variandi*, aparecen referidos a su razonabilidad, o sea, que no sea arbitraria, a su funcionalidad (que obedezca a un motivo coherente y racional, y por último a la indemnidad del trabajador, que supone que le provoque menoscabo patrimonial o moral al trabajador, o que ocasionándole un perjuicio material, le sea adecuadamente compensado.

El poder de dirección o *ius variandi* del empresario aparece recogido en el artículo 39 ET, como una manifestación del poder directivo y disciplinario del empleador. Dicho precepto le atribuye al empresario "la decisión o la iniciativa para la introducción de modificaciones sustanciales, de forma que ese poder de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, es un verdadero derecho concedido al empresario por medio del cual, éste puede variar las condiciones contractuales de sus trabajadores, e incluso en ciertos casos, las de carácter normativo que deriven de convenios o pactos colectivos, sin necesidad de llegar a acuerdos con cada uno de ellos o con sus representantes legales"⁵⁶. Sin embargo esta consideración, hemos de entender que para el caso de que las condiciones de trabajo aparezcan recogidas en un convenio

⁵⁴ STS de 7 de marzo de 2007.

⁵⁵ STC 134/1994, de 9 de mayo.

⁵⁶ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de marzo de 2015, FJ 2º.

colectivo estatutario, dichas modificaciones, solo pueden ser efectivas, modificando el propio convenio, encontrándose legitimado para ello, los mismos que se encontrarían legitimados para acordar un convenio colectivo de ámbito empresarial, con independencia del ámbito del convenio colectivo que se intenta modificar⁵⁷. No obstante, no se trata de una prerrogativa absoluta, debiendo respetarse en todo caso los derechos del trabajador; aunque tampoco se exige al empresario que acredite la concurrencia de causas económicas, técnicas u organizativas, al no tratarse de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo⁵⁸.

En cualquier caso, el “ius variandi” consiste en la facultad otorgada al empresario de requerir al trabajador la realización de funciones distintas, en relación con las que venía realizando de manera ordinaria hasta ese momento. Con los límites consistentes, en que las nuevas encomiendas de actividad, deben incardinarse dentro del marco de la prestación debida, que debe encontrarse limitada a su vez, por la pertenencia al grupo profesional. La clave a lo manifestado hay que encontrarla en el artículo 22.4 ET, que dispone que “por acuerdo entre el trabajador y el empresario, se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo”.

De lo dicho se desprende, que conforme al “ius variandi” se posibilita excederse de los límites de la prestación debida por el trabajador y que fue pactada en el contrato de trabajo, sólo conforme a lo dispuesto en el artículo 39 ET. De tal modo que lo que exceda de lo dispuesto en dicho artículo y que por lo tanto entra de lleno en el ámbito del concepto y por ende como facultad integrante del poder de dirección del empresario, hemos de entender que entra de lleno en el ámbito de las llamadas modificación sustancial de las condiciones de trabajo, reguladas en el artículo 41 ET, cuyo dato característico al respecto, es que requiere la concurrencia de una de las causas legalmente invocadas en el referenciado artículo. De tal forma que dicha modificación sustancial adquiere de esta forma su consideración de causal, a diferencia de la modificación circunscrita al “ius variandi”, que no exige acreditar causa alguna, siempre que se incardine en el contexto de la prestación debida.

Hemos caracterizado en el párrafo anterior el llamado “ius variandi” ordinario o “acausal”, recogida en el artículo 39. 1 y 3 ET, cuyo límite se encuentra en las llamadas condiciones sustanciales del trabajo, regulados en los artículos 40 y 41 ET. Sin embargo, del contenido del artículo 39 ET, aparece caracterizado el llamado “ius variandi” extraordinario o causal, que se refiere a dos supuestos recogidos en los apartados 2 y 4 del artículo 39 ET. El primero de los indicados referido a “la movilidad funcional para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional, sólo será posible si existen, además, razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. El empresario deberá comunicar su decisión y las razones de ésta a los representantes de los trabajadores”. Y el segundo, “al cambio de funciones distintas de

⁵⁷ Artículo 41.6. ET, en relación con lo dispuesto en el artículo 82.3. ET. El primero de los indicados dice que: “La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3”.

⁵⁸ SAN de 16 de febrero de 2015, FJ 2º.

las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo”.

Además de lo dicho, nuestro ordenamiento establece supuestos especiales de movilidad funcional para la protección de la maternidad, que se encuentra recogido en el artículo 26.2. LPRL. También, hay que indicar el supuesto integrado en el concepto de “ius variandi”, cuando se agregan funciones en principios no contempladas en la prestación de trabajo inicialmente pacta y que conforman el objeto de la prestación de trabajo, que al no haber sido calificadas de sustanciales, inexorablemente quedan conceptuadas como integrantes del “ius variandi” y por lo tanto circunscrita al poder de dirección del empresario⁵⁹.

A continuación analizaremos los diferentes tipos de movilidad funcional legalmente existentes.

4.2.1. Movilidad funcional dentro del grupo profesional.

La movilidad funcional es acausal cuando se lleva a cabo dentro del grupo profesional, con las limitaciones que vengan impuestas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador.

En el caso de convenio colectivo en el que se definen categorías profesionales sin adscripción a grupo profesional, la movilidad funcional se realiza entre categorías equivalentes. Para el caso de polivalencia funcional o cuando se hubiere pactado la prestación de servicios propios de más de un grupo profesional, la movilidad se llevará a cabo considerando aquellas funciones, que se desempeñen durante la mayor parte del tiempo de trabajo.

Se hace preciso definir el grupo profesional, como concepto básico alrededor del cual gira la institución de la movilidad funcional. Conforme a lo dispuesto en el artículo 22.2. ET, se entiende por grupo profesional “el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador”.

Desde el inicio de la actividad, en el momento de la contratación, trabajador y empresario acuerdan en el contrato de trabajo, la prestación objeto del mismo. A tal efecto el artículo 22.4. ET dispone que “por acuerdo de las partes del contrato de trabajo, se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas”.

⁵⁹ STS de 24 de mayo de 2012, sobre la adición de funciones a la categoría profesional de conductores, de las labores de cobradores, que anteriormente se configuraba como una categoría profesional autónoma e independiente, de la de conductor.

Dicho lo cual, se entiende que la movilidad funcional en los términos contemplados en los artículos de referencia, es libre para el empresario que lo decide. No hay impedimentos para llevarlo a cabo, cuando las nuevas funciones encomendadas por el empresario al trabajador, no rebasen el contenido funcional del grupo al que está adscrito el trabajador. Es decir, el empresario goza de total libertad para ejercer su facultad ejecutiva de variación de funciones laborales, y el trabajador queda, por tanto, obligado al cumplimiento de las órdenes correspondientes⁶⁰. Ahora bien, esa amplia facultad exige en cualquier caso, ejecutarla por el empresario sin arbitrariedad, sin atender a la buena fe o transgrediendo derechos fundamentales.

Cuando lo que se invoca por el trabajador sujeto a movilidad funcional, es la transgresión de derechos fundamentales, es común solicitar la resolución del contrato de trabajo, por infracción del artículo 39.3. ET. La doctrina legal dispone a este respecto que “no puede argumentarse que la merma de funciones y responsabilidades en la empresa produzca un menoscabo en la dignidad de quien es el sujeto pasivo de la modificación decidida por el empresario”⁶¹. El empresario optó por relevar de las funciones a un trabajador que ostenta importantes funciones como responsable de un departamento, debido a la reestructuración interna de la que ha sido objeto la empresa. Por el trabajador se invoca transgresión de derechos fundamentales, en concreto atentado a su dignidad, por retirarle parte de las funciones que anteriormente ejercía, acordes a su categoría profesional. Sin embargo el juzgador ha entendido que la decisión empresarial no ha respondido a represalias contra su persona, ni implica una vulneración de sus derechos fundamentales, sino que todo lo acontecido con la decisión empresarial, es consecuencia de la reestructuración a la que ha sido sometida la empresa, consecuencia de la crisis en la que se ha visto envuelta.

4.2.2. La movilidad funcional causal fuera del grupo profesional.

El artículo 39.2. ET determina que “la movilidad funcional para la realización de funciones, superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional, exigen la acreditación de razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. El empresario deberá comunicar su decisión y las razones de ésta a los representantes de los trabajadores”. Es decir, existe la posibilidad de introducir cambios en la prestación del trabajador, pero en ahora quedan fuera del ámbito del “ius variandi”, por lo que no pueden ser entendidos como integrantes del poder empresarial, como decisión unilateral del empresario. En cuyo caso, se exige el concurso de otras voluntades, del trabajador o de sus representantes, en los términos contemplados en el artículo 39.4 ET., que dispone que “el cambio de funciones distintas de las pactadas, no incluido en los supuestos previstos en este artículo, requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo”. O sea, se permite el cambio de funciones a otras distintas a las pactadas mediando el acuerdo entre las partes. También se prevé

⁶⁰ MONTOYA MELGAR, A. “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Página 41.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de febrero de 2008. Que ha seguido la STS de 8 de febrero 1993 y STS de 27 de julio 1990.

acudir a lo indicado en el convenio colectivo, cuando se ha previsto tal posibilidad y se han fijado las reglas al efecto⁶². Y por último, se remite el precepto al procedimiento dispuesto para las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, ya sean de naturaleza individual o colectiva, fijado en el artículo 41 ET. 12.

La movilidad funcional descendente, supone la encomienda por el empresario al trabajador de funciones inferiores a las pactadas y que constituyen el objeto del contrato, que no se corresponden con el grupo profesional. Se exigen al respecto dos requisitos: mantenimiento de las retribuciones de su grupo de origen y que se lleve a efecto la movilidad, por el tiempo imprescindible. Cuestión recogida en el artículo 39.2 ET.

La movilidad funcional ascendente, aparece recogida en el artículo 39.2. ET, para el caso de “encomienda de funciones superiores a las del grupo profesional, por un período superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizada,s conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Estas acciones serán acumulables. Contra la negativa de la empresa, y previo informe del comité o, en su caso, de los delegados de personal, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción social. Mediante la negociación colectiva se podrán establecer períodos distintos de los expresados en este artículo a efectos de reclamar la cobertura de vacantes”. Es decir, se exige para ello, la existencia de causa, que aparecen denominadas como razones técnicas u organizativas, que deberán tener carácter temporal, cuando manifiesta que esa prestación de servicios se realice por el tiempo imprescindible. Teniendo en este caso derecho el trabajador, a la retribución del grupo correspondiente a la prestación que efectivamente realiza. Cuando esas funciones correspondientes a un grupo profesional superior, se realicen por períodos de tiempo que superan los seis meses durante un año u ocho meses durante dos años, el trabajador tiene derecho a reclamar el ascenso al grupo en cuya actividad está incardinado, con la excepción que el convenio colectivo disponga otra cosa para a cobertura de vacantes, en cuyo caso hay que atenerse a ese procedimiento, sin perjuicio del derecho que asiste al trabajador a reclamar el salario correspondiente a ese grupo profesional. Sí el trabajador compatibiliza funciones correspondientes a dos grupos, sí las funciones principalmente desarrollada son las del grupo superior, supone encontrarse incluido en el supuesto ahora objeto de estudio⁶³. Las posibles reclamaciones que realice el trabajador, ascenso de grupo y diferencia salarial, son acumulables. La demanda se interpone contra la negativa de la empresa a acceder a las pretensiones del trabajador y previo informe de la representación unitaria de los trabajadores. La reclamación de la cobertura de vacante deberá llevarse a cabo a través del procedimiento ordinario, mientras que la de clasificación profesional como tal, a través de la modalidad procesal recogida en el artículo 137 LJS.

4.3. El Poder disciplinario del empresario.

⁶² AGUILERA IZQUIERDO R., “La organización del trabajo como objeto de regulación en los convenios colectivos de ámbito nacional”. RMTAS nº 23/2000, pg. 120 y ss.

⁶³ STS de 2 de noviembre de 2009.

Dentro del haz de poderes que dispone la empresa para su gestión ordinaria, se encuentra el poder disciplinario del empresario, en cuya virtud la dirección de la empresa podrá sancionar los incumplimientos laborales de los trabajadores, conforme al elenco y graduación de las faltas y sanciones, dispuestas en las disposiciones legales o convenios colectivos que le sean de aplicación a la empresa. Lo que viene dispuesto en el artículo 58 ET, mencionando a la “dirección de la empresa”, como el legitimado para ejercer dicho derecho, si bien y a pesar de la dicción, quien efectivamente sanciona es el propio empresario.

A día de hoy y salvo para los empleados públicos, cuyo Estatuto Básico de la Función Pública en sus artículos 95 y 96, no existe disposición legal aplicable a los trabajadores sujetos a relación laboral ordinaria, que determine un compendio de faltas y sanciones aplicables ante los incumplimientos laborales de estos. Por lo que serán inexorablemente los convenios colectivos, los que lo fijen. No obstante, el Tribunal Constitucional rechaza la aplicación del principio de legalidad de la sanción, en los términos recogidos en el artículo 25.1 CE, al poder disciplinario del empresario, que lógicamente adquiere la condición de privado⁶⁴. Es importante reseñar al respecto el artículo 115.1.d LJS, que determina que la sentencia que se dicte en procesos de sanciones empresariales, “declarará nula la sanción, si hubiese sido impuesta sin observar los requisitos formales establecidos legal, convencional o contractualmente”.

El convenio colectivo es la norma de referencia para el ejercicio del poder disciplinario empresarial. Lo habitual es que sólo los convenios de ámbito sectorial, contemplen algún tipo de listado de faltas y sanciones. Siendo algo extraño, que los convenios de ámbito empresarial lo contemplen. Por lo que se plantea el lógico problema del ejercicio del poder disciplinario del empresario, ante la ausencia de configuración o determinación previa, que como se indicó, puede plasmarse tanto en norma legal, convencional o en su caso contractual. Esa disfunción, hace que el poder disciplinario del empresario, se reconduzca recurriendo al despido disciplinario, que sí aparece configurado legalmente como expresión máxima de las faltas y sanciones en el ámbito de las relaciones laborales. Pero no sólo es esta falta y su correspondiente sanción, la que se contempla expresamente en el ET, ya que también se recoge la de suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias, en los términos dispuesto en el artículo 45.1.h ET.

En sendas sentencias de 24 de julio y de 21 de diciembre de 1995, el Tribunal Constitucional mantiene que el empresario tiene atribuido el poder disciplinario, que le permite adoptar decisiones sancionadoras de eficacia inmediata, sin necesidad de acudir a las instancias judiciales, para su imposición y efectividad. También se reconoce el correlativo derecho del trabajador, a obtener la tutela judicial instando la vía judicial social, que conocerá de la revisión de la sanción impuesta en forma de derecho sancionador empresarial.

El artículo 58 ET determina los límites a la actividad sancionadora del empresario. Además del límite que supone la nulidad de la sanción que no se encuentre prevista en las disposiciones legales o convenios colectivos, debe existir proporcionalidad entre la falta y la sanción. Nunca las sanciones podrán consistir en

⁶⁴ STC 69/1983, de 26 de julio.

reducción de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multas de haber. Las sanciones económicas al trabajador o multas de haber, tan solo se permiten para la relación laboral especial de los deportistas profesionales, regulada en el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio. En relación con las multas de haber, la STSJ del País Vasco de 28 de mayo de 1998, excluye el descuento de retribuciones como sanción posible, lo que supone prohibir la aplicación de la regla de la cláusula penal, recogida en el art. 1153 Código Civil, en un contrato sinalagmático como es el de trabajo.

En lo concerniente a la prescripción de las faltas de los trabajadores, el cómputo del plazo comienza a contar, desde que el empresario tiene plena consciencia y conocimiento de los hechos. Se considera que el trabajador ha ocultado los hechos constitutivos de sanción, cuando el presunto infractor desempeña un cargo que le obligue a la vigilancia y denuncia de la falta cometida por él mismo, en cuyo caso la conducta del trabajador será considerada como falta continuada de lealtad, no corriendo el plazo de prescripción, mientras dura dicha conducta⁶⁵.

Se exige para el caso de faltas y sanciones graves y muy graves, un determinado procedimiento al que de manera imperativa debe sujetarse el empresario. Se exige que la comunicación sea hecha por escrito, debiéndose dejar constancia en el mismo, la fecha y los hechos que lo motivan, conforme al artículo 58.2 ET. Pero se amplían las exigencias formales, cuando el sancionado es un miembro integrante de la representación unitaria de los trabajadores o delegado sindical. En cuyo caso se exige el inicio de un “expediente contradictorio”, en el que serán oídos, además del propio interesado, la representación unitaria de los trabajadores y en su caso el resto de delegados sindicales sí existen en el seno de la empresa⁶⁶.

Las sanciones impuestas por el empresario son inmediatamente ejecutiva, pero son revisables ante el orden jurisdiccional social. Corresponde al empresario la prueba de los hechos, sin que sean admitidos como motivos de oposición a la demanda, hechos distintos de los aducidos por el empresario cuando razona la sanción⁶⁷.

El TC ha rechazado que la presunción de inocencia recogida en el artículo 24.2 CE, sea de aplicación al poder disciplinario del empresario⁶⁸.

La sentencia declarará nula la sanción, cuando no se hubiera observado por el empresario el procedimiento impuesto al efecto, legal o convencionalmente. También, cuando las sanciones impuestas a los representantes unitarios de los trabajadores o delegados sindicales, por infracciones graves o muy graves, se lleven a cabo sin la previa audiencia del resto de integrantes de la representación unitaria o demás delegados sindicales. Sí el sancionado es un trabajador afiliado a un sindicato, deberán ser oídos en el procedimiento sancionador que incoa el empresario, los delegados sindicales del sindicato al que pertenezca el trabajador. Por último, en el caso en el que se impusieran

⁶⁵ STS de 11 de octubre de 2005.

⁶⁶ Artículos 68.a ET y artículo 10.3 LOLS.

⁶⁷ Artículo 114.3.LJS.

⁶⁸ STC 153/2000.

sanciones prohibidas o cuando no estuvieran tipificadas en las disposiciones legales o convencionales que le sea de aplicación⁶⁹.

Las sentencias que se dicten en la modalidad procesal de impugnación de sanciones son irrecurribles, con la excepción del supuesto de sanciones muy graves que hayan sido apreciadas por el órgano judicial en la instancia. Encontrándose legitimado para la interposición del recurso de manera exclusiva el trabajador sancionado, sin que pueda entenderse ello contrario al principio de igualdad⁷⁰.

4.4. El poder de control del empresario sobre el trabajador.

El empresario puede vigilar y adoptar medidas, para comprobar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Se exige que estas medidas sean idóneas y proporcionales para la finalidad que se pretende. En su adopción, el empresario tendrá en cuenta la consideración debida a la dignidad del trabajador y la capacidad real de los mismos, para el caso de trabajadores discapacitados⁷¹.

Entre estas medidas a adoptar por el empresario, para llevar a cabo el poder de control y vigilancia sobre el trabajador, enumeramos las más usuales:

- Ordenar registros sobre la persona del trabajador, sobre sus taquillas y efectos particulares, y sobre su vehículo si está en el recinto de la empresa. Esta medida sólo se podrá adoptar cuando sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa. El empresario deberá respetar en todo lo posible, la dignidad y la intimidad del trabajador, debiéndose encontrar con la presencia de un representante legal de los trabajadores o en su defecto, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.
- Instalación de cámaras y micrófonos, en cuyo caso se exigen el cumplimiento de una serie de requisitos: que estén a la vista del trabajador y que sean conocidos por éste y por sus representantes. El TC consideró correcto la captación de imágenes en el puesto de trabajo de una cajera, donde se presumía se cometían irregularidades. Sin embargo, consideró incompatible con la CE, el establecimiento de un sistema de grabación de sonido, en el que se permitía escuchar las conversaciones de los trabajadores. El acceso del empresario al correo electrónico del trabajador, que revelaba se transmitía información de la empresa de carácter confidencial y reservado, no supuso la vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. En este caso el TC entendió que el trabajador no debía ampararse en unas expectativas de confidencialidad, ni de privacidad, en cuanto que el empresario tenía sospechas de un comportamiento inadecuado del trabajador, por lo que la conducta del empresario relacionada con el control y la vigilancia, respetó

⁶⁹ Artículo 115.2 LJS.

⁷⁰ STC 125/1995, de 24 de julio.

⁷¹ Artículo 20.3 ET.

los principios de ponderación y proporcionalidad que el TC exige en sus diferentes pronunciamientos habidos al respecto⁷².

- Control de los equipos informáticos. Registro de los equipos informáticos y en especial de la utilización de internet y la navegación por páginas web. En cualquier caso el empresario tiene prohibido transgredir el secreto de las comunicaciones del trabajador, a través de su correo electrónico privado. Sin embargo, el empresario puede sancionar al trabajador, por el uso de su correo privado en horas de trabajo.
- Verificar la enfermedad o accidente del trabajador cuando esté de baja, para justificar la falta de asistencia al trabajo, a través del correspondiente personal médico del servicio de prevención, incluido el de la Mutua, con la que la empresa tiene suscrito el convenio de adhesión. Si el trabajador se niega a ser reconocido, podrá suponer la suspensión de los derechos económicos que puedan existir a cargo del empresario, incluso los derechos de la prestación por incapacidad temporal⁷³.
- Utilización por el empresario de investigadores detectives privados⁷⁴.
- La implantación en los vehículos de la empresa o en su caso del trabajador de localizador GPS. Siendo posible el primero, el segundo se considera ilegal, por entender se vulnera el derecho fundamental a la intimidad en relación con los derechos a la libertad de circulación⁷⁵.

Se puede observar como en principio se contempla un poder de vigilancia y control del empresario sobre la persona del trabajador, ampliamente considerado. Los límites que se imponen, impiden que se transgredan derechos fundamentales, a resaltar, el derecho a la intimidad y el secreto a las comunicaciones⁷⁶. Cuando existe la necesidad de solventar conflictos entre empresario, que pretende ejercer su derecho de control y el trabajador, que pretende protegerse de ese control o vigilancia, hay que acudir a conceptos tales como la proporcionalidad y la ponderación⁷⁷.

El tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de video-cámaras, no exigen el consentimiento de los trabajadores, conforme al artículo 6.2. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos, en tanto que la conducta del empresario sea ponderada y proporcional. No obstante y en atención a lo dispuesto en el artículo 64.5.f. ET, el comité de empresa tiene derecho a emitir informe previo y por lo tanto con anterioridad, a que el empresario implante o revise el sistema de control del trabajo. La omisión por el empresario de poner en conocimiento ello al comité, para la emisión del correspondiente informe, se entendió que suponía meramente una infracción de legislación ordinaria y no constitucional, en cuanto que no se encontraban en juego derechos fundamentales.

⁷² STC 173/2013, de 7 de octubre.

⁷³ Artículo 20.4 ET. Sobre la vigilancia de la salud hay que remitirse al artículo 22 LPRL. Sobre los límites de los controles empresariales a tal efecto, destacar la STC 196/2004, de 15 de noviembre.

⁷⁴ STS de 19 de julio de 1989.

⁷⁵ STS de 21 de junio de 2012.

⁷⁶ Artículo 18. 1, 3 y 4 CE.

⁷⁷ STC 29/2013, de 11 de febrero.

El empresario gestor de la empresa: los poderes de dirección y de organización de los factores de producción.	1
1. Introducción. El binomio empleo-desempleo.	3
2. El empresario: la elección de su forma será determinante en el devenir de la empresa.	8
2.1. El Derecho del trabajo y el concepto de empresario: personas físicas, jurídicas y comunidades de bienes.	8
2.2. La diferente tipología de formas jurídicas que puede adoptar el empresario.	11
2.2.1. Empresario persona física.	11
2.2.2. Los entes sin personalidad: las comunidades de bienes y otros entes sin personalidad que tienen atribuida la condición de empleador o empresario.	13
<i>2.2.2.1. Comunidades de bienes.</i>	13
<i>2.2.2.2. Uniones Temporales de Empresas.</i>	15
<i>2.2.2.3. Joint-venture.</i>	17
<i>2.2.2.4. Las cuentas en participación.</i>	19
<i>2.2.2.5. Sociedades civiles.</i>	20
2.2.3. Las agrupaciones de Interés económico.	23
2.2.4. Las sociedades agrarias de transformación (SAT).	24
2.2.5. Entidades asociativas y fundacionales.	27
<i>2.2.5.1. Asociaciones.</i>	27
<i>2.2.5.2. Fundaciones.</i>	30
2.2.6. Sociedades mercantiles.	32
<i>2.2.6.1. Sociedades Colectivas.</i>	32
<i>2.2.6.2. La sociedad comanditaria simple.</i>	35
<i>2.2.6.3. La sociedad comanditaria por acciones.</i>	36
<i>2.2.6.4. La sociedad de responsabilidad limitada.</i>	38
<i>2.2.6.5. Sociedad de responsabilidad limitada unipersonal.</i>	43
<i>2.2.6.7. Sociedades Anónimas.</i>	45
2.2.7. Sociedades y otros entes de la economía social.	50
<i>2.2.7.1. Sociedades Laborales</i>	50
<i>2.2.7.2. Sociedades Cooperativas.</i>	52
<i>2.2.7.3. Otros entes de la economía social, que actúan como empresarios desde la perspectiva laboral.</i>	54
A. Las mutualidades	54
B. Los Centros Especiales de Empleo.	54
C. Las empresas de inserción.	55
D. Las Cofradías de Pescadores.	57

2.3. Los grupos de empresas y los grupos de sociedades mercantiles.....	57
3. El centro de trabajo y la empresa. Referencia a los lugares de trabajo.....	68
4. Los poderes del empresario inherentes a su condición: el ius variandi, poderes de dirección, poderes de control sobre la persona del trabajador y el poder disciplinario.	74
4.1. El poder de dirección y gestión de los efectivos humanos.....	74
4.2. El “ius variandi”.....	77
4.2.1. Movilidad funcional dentro del grupo profesional.....	79
4.2.2. La movilidad funcional causal fuera del grupo profesional.	80
4.3. El Poder disciplinario del empresario.	81
4.4. El poder de control del empresario sobre el trabajador.....	84

