

FERNANDO ELORZA GUERRERO
JUAN MANUEL GÓMEZ PORRÚA
MARÍA JESÚS GUERRERO LEBRÓN
JESÚS RAMOS PRIETO

**ESTUDIO SOBRE LAS IMPLICACIONES
LABORALES, MERCANTILES
Y FISCALES DE LA MODIFICACIÓN
ESTRUCTURAL DE LA SOCIEDAD
LABORAL**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

Pág.

CAPÍTULO I MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES LABORALES

1. CONSIDERACIONES GENERALES	11
2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN EL DERECHO ESPAÑOL	15
3. CONSIDERACIONES ESPECIALES SOBRE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES LABORALES.....	17
4. PRESUPUESTOS PARA LA OBTENCIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE SOCIEDAD LABORAL	20
5. EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA CALIFICACIÓN DE SOCIEDAD LABORAL.....	22
A) Competencias y funciones de control de la sociedad laboral	22
B) El Registro Administrativo de Sociedades Laborales	23
C) Obtención de la calificación de sociedad laboral	25
D) Otros actos de control administrativo de las sociedades laborales ...	28
6. PÉRDIDA DE LA CALIFICACIÓN DE SOCIEDAD LABORAL	29
A) Causas legales	29
a) Superación del límite establecido a la participación mínima en el capital social de los trabajadores contratados por tiempo indefinido	30
b) Superación de los límites establecidos a la contratación por tiempo indefinido de trabajadores no socios	31

	Pág.
c) Superación de los límites establecidos a la participación de los socios en el capital social	34
d) Falta de dotación, dotación insuficiente o aplicación indebida del Fondo Especial de Reserva.....	34
B) Procedimiento de descalificación.....	35
C) Consecuencias de la descalificación.....	36

CAPÍTULO II TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES LABORALES

1. CONCEPTO Y CARACTERES	37
2. SUPUESTOS POSIBLES DE TRANSFORMACIÓN.....	39
A) Supuestos generales de transformación de las sociedades laborales.	41
B) Supuestos de transformación entre sociedades laborales y algunas sociedades anónimas especiales.....	47
3. EXIGENCIA DE PREVIA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES A EFECTOS DE SU TRANSFORMACIÓN.....	52
4. PROCEDIMIENTO DE TRANSFORMACIÓN.....	55
A) Consideraciones generales.....	55
B) Trámite preceptivo de información	56
C) Condiciones especiales previas al acuerdo de transformación.....	59
D) Acuerdo de transformación	60
E) Publicación del acuerdo de transformación	62
F) Derecho de separación de los socios.....	63
G) Protección de los titulares de derechos especiales	65
H) Escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil	65
5. EFECTOS DE LA TRANSFORMACIÓN SOBRE LOS SOCIOS.....	69
A) Continuidad en los derechos y obligaciones del socio.....	69
B) Responsabilidad del socio por las deudas sociales anteriores a la transformación.....	71

CAPÍTULO III FUSIÓN DE SOCIEDADES LABORALES

1. CONSIDERACIONES GENERALES	73
2. CONCEPTO Y CLASES	74
3. ÁMBITO SUBJETIVO.....	76
4. PROCEDIMIENTO DE FUSIÓN	85

	Pág.
A) Proyecto común de fusión.....	85
B) Convocatoria de la junta de socios	90
C) Trámite preceptivo de información	91
D) Acuerdo de fusión	93
E) Periodo de pendencia de la fusión	96
F) Escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil	96
5. FUSIONES ESPECIALES	100
A) Absorción de sociedad íntegramente participada.....	101
B) Absorción de sociedad participada al noventa por ciento	103
C) Supuestos asimilados a la absorción de sociedad íntegramente participada	104
6. FUSIONES TRANSFRONTERIZAS INTRACOMUNITARIAS	105
7. RÉGIMEN APLICABLE A LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA MEDIANTE FUSIÓN	109

CAPÍTULO IV

ESCISIÓN, CESIÓN GLOBAL Y TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES LABORALES

1. ESCISIÓN DE SOCIEDADES LABORALES	111
A) Consideraciones generales	111
B) Concepto y clases de escisión	113
C) Procedimiento de escisión.....	114
2. CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO DE SOCIEDADES LABORALES	119
A) Concepto y caracteres generales	119
B) Procedimiento de cesión global	121
3. TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES LABORALES	123
A) Consideraciones generales	123
B) Procedimiento de traslado del domicilio social al extranjero	124

CAPÍTULO V

LA GESTIÓN DEL EMPLEO EN LA MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL

1. APROXIMACIÓN A LA CARACTERIZACIÓN JURÍDICO-LABORAL DE LA SOCIEDAD LABORAL.	129
--	-----

	Pág.
2. LA MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL DE LA SOCIEDAD LABORAL AL AMPARO DE LA LEY 3/2009 Y SU INCIDENCIA SOBRE EL EMPLEO Y LAS CONDICIONES TRABAJO.....	136
A) Un punto de partida: la reestructuración empresarial no debe ser una práctica vinculada necesariamente a la crisis de empresa.....	136
B) La clave: la apuesta por el derecho de información, y en algún caso de consulta, de los trabajadores como fórmula de promoción de la defensa de sus intereses.....	139
a) Líneas generales de la Ley 3/2009 en relación con la posición jurídica de los trabajadores ante la modificación estructural societaria.	139
b) Los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores reconocidos en el ET y su incidencia sobre la modificación estructural societaria.	140
c) Cómo se articulan en la Ley 3/2009 los derechos de información y de consulta de los trabajadores en la modificación estructural societaria.	146
d) Cómo puede afectar el régimen jurídico de los derechos de información y de consulta de los trabajadores a las modificaciones estructurales de sociedades laborales.	157
C) La remisión de la Ley 3/2009 a la normativa sobre transmisión de empresa. Valoración específica en el caso de las sociedades laborales.	160
D) Aproximación a la Directiva 2009/109/CE, en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones.	162

CAPÍTULO VI
ASPECTOS TRIBUTARIOS DE LAS OPERACIONES
DE MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL DE LAS SOCIEDADES
LABORALES

1. INTRODUCCIÓN	165
2. EL OTORGAMIENTO DE BENEFICIOS E INCENTIVOS FISCALES A LAS SOCIEDADES LABORALES.....	166
A) Justificación extrafiscal de las medidas.....	166
B) Tipología de las medidas fiscales de apoyo a las sociedades laborales. Advertencia metodológica	169
3. BENEFICIOS FISCALES ESPECÍFICOS REGULADOS EN LA LEY 4/1997 RESPECTO DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS (ITPAJD).....	170

	Pág.
A) Exención en OS de las operaciones societarias de constitución y aumento de capital	170
B) No sujeción a OS de la transformación y adaptación de sociedades anónimas laborales preexistentes.Tratamiento en AJD.....	174
C) Bonificación en TPO de las adquisiciones de elementos patrimoniales a la empresa de procedencia de la mayoría de los socios trabajadores de la sociedad laboral.....	176
D) Bonificación en AJD de las escrituras notariales de transformación o conversión en sociedad laboral.....	179
E) Bonificación en AJD de las escrituras notariales de constitución de préstamos destinados a la realización de inversiones.....	180
F) Requisitos generales	182
a) Tener la calificación de sociedad laboral debidamente otorgada por la Administración competente	182
b) Destinar al denominado Fondo Legal de Reserva, dentro del ejercicio en que se haya producido el devengo del tributo correspondiente, el 25 por 100 de los beneficios líquidos.	185
G) Valoración general.....	187
4. INCENTIVOS FISCALES PREVISTOS EN LA NORMATIVA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES (IS).....	189
A) Libertad de amortización	189
B) Posible aplicación del régimen de las empresas de reducida dimensión y de otros incentivos fiscales	192
C) Valoración general.....	194
5. INCIDENCIA TRIBUTARIA DE LAS OPERACIONES DE MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL DE LAS SOCIEDADES LABORALES.....	195
A) Delimitación de los impuestos relevantes	195
B) Operaciones de transformación.....	196
C) Operaciones de fusión y escisión	197
a) Tratamiento en el IS. Posible aplicación del régimen especial...	198
b) No sujeción al concepto OS del ITPAJD.....	203
c) No sujeción al IVA.....	203
d) Tratamiento en el IIVTNU.	204
D) Cesión global de activo y pasivo.....	205
E) Traslado internacional del domicilio social.....	210
a) Traslado del domicilio social al extranjero. Posible exigencia de un impuesto de salida.....	210
b) Traslado al territorio español del domicilio social de una sociedad extranjera.....	212
6. CONCLUSIÓN GENERAL	213

CAPÍTULO I

MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES LABORALES

Juan Manuel GÓMEZ PORRÚA †
Profesor Titular de Derecho Mercantil
(Universidad de Sevilla)

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo y el traslado internacional del domicilio social de las sociedades mercantiles, en general, y de las sociedades laborales, en particular, que son las materias que constituyen el objeto de nuestro estudio, son operaciones societarias muy diferentes —en la mayoría de los casos, absolutamente distintas, especialmente la última de ellas si la comparamos con cualquiera de las anteriores, como tendremos oportunidad de comprobar—, y con una trascendencia práctica bastante desigual. Sin embargo, el hecho de que ahora aparezcan unidas para su estudio no responde, ni mucho menos, a una mera necesidad circunstancial de conformar una especie de cajón de sastre con materias o instituciones más o menos descolgadas o inconexas las unas de las otras y de difícil acomodo para una exposición sistemática y global. Sino que, por el contrario, al margen de sus innegables diferencias, nos encontramos ante cinco operaciones que aparecen estrechamente conectadas, ligadas, relacionadas entre sí, tanto en su estudio doctrinal como en su tratamiento normativo, por diversos motivos que trataremos de exponer.

En efecto, cuatro de estas operaciones —transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo— aparecen, precisamente, como las cuatro modalidades indiscutibles que comprenden, junto con los demás procedimientos asimilados a la fusión o fusiones impropias, lo que la doctrina científica ha venido a denominar «modificaciones estructurales de las sociedades» o, con una expresión más amplia y descriptiva, «modificaciones estructurales de reorganización empresarial»¹. Expresiones con las que se hace referencia a aquellas modificaciones sustanciales de las sociedades, que exceden de la mera alteración o modificación de sus estatutos sociales, y que afectan gravemente a la propia estructura y organización del negocio jurídico fundacional, pudiendo alterar la forma de la sociedad, la integridad o configuración de su patrimonio, la posición de los socios y acreedores, e incluso afectar al estatuto personal a la propia existencia de la personalidad jurídica de la que goza la sociedad, y todo ello con la finalidad de satisfacer las necesidades de adecuación de la organización empresarial a la nuevas y cambiantes exigencias de un mercado cada vez más complejo y competitivo. Descripción amplia en la que, sin mayores dificultades, también puede considerarse comprendida la quinta de las operaciones antes citada, el traslado internacional del domicilio social, en la medida en que la transferencia al extranjero del domicilio estatutario, aun conservando la sociedad su personalidad jurídica, conlleva un cambio de estatuto personal, al menos, en lo que afecta a la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno, en las que el criterio de conexión para la determinación de la ley aplicable (*lex societatis*) suele venir dado por el lugar del domicilio social².

Pues bien, ¿cuáles son las coincidencias o, al menos, algunas de las coincidencias que se observan entre estas modalidades de modificaciones estructurales de las sociedades y que justifican que sean objeto de un tratamiento conjunto en su estudio y en aspectos concretos de su regulación?

Fundamentalmente, desde una visión general, son dos las coincidencias que se observan. La primera, que todas estas operaciones afectan gravemente —como ya hemos dicho— tanto a la estructura y organización de la sociedad como a su integridad patrimonial, planteando cuestiones o problemas muy similares en cuanto a la posición de socios y acreedores y al procedimiento a seguir para la realización de la modificación pretendida. Circunstancias éstas, que condicionan sus respectivas regulaciones legales, y que

¹ Sobre el concepto de «modificaciones estructurales» en la doctrina española, *vid.*, por todos, F. VICENT CHULIÁ, en PAZ CANALEJO-VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas. Comentario al Código de Comercio y Legislación mercantil especial*, t. XX, vol. 3.º, Madrid, Edersa, 1990, pp. 438-439; y J. M. EMBID IRUJO, «En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares)», *CDC*, septiembre 1991, núm. 9, pp. 13-37.

² *Vid.* P. BLANCO-MORALES LIMONES, «La transferencia internacional de sede social», *RdS*, monografía núm. 8, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 32-34.

se concretan, por una parte, en la exigencia de mayorías reforzadas para la adopción de los respectivos acuerdos, y, por otra, en el establecimiento de rígidos mecanismos de garantía de los intereses individuales tanto de los socios y trabajadores como de los acreedores sociales.

Concretamente, por lo que se refiere a la incidencia en la estructura y organización de la sociedad, sus efectos son claros no sólo en la fusión, la escisión y la cesión global, hasta el punto de llegar a afectar a la propia existencia de la persona jurídica (extinción de todas las sociedades participantes con creación de una nueva sociedad en la fusión por constitución, o de todas menos una en la fusión por absorción; y la posibilidad de que se produzca la extinción de la sociedad escindida en los casos de escisión total, o de la sociedad cedente en los de cesión global si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios). Sino también en la transformación y, aunque no sin ciertas reservas o matizaciones, en el traslado internacional del domicilio social, por cuanto que la estructura y organización de la sociedad varían tanto en función del tipo de sociedad de que se trate (caso de la transformación) como, en menor medida, en función de la legislación nacional que resulte aplicable incluso cuando se trate de tipos sociales equivalentes (caso del traslado internacional del domicilio social). Sin olvidar la incidencia de estas operaciones en cuanto a la integridad del patrimonio de las sociedades afectadas, sobre todo por lo que respecta a la fusión, la escisión y la cesión global, como consecuencia de la transmisión en bloque por sucesión universal de todo o de partes del patrimonio social, según los casos; pero también con respecto a la transformación y el traslado internacional del domicilio social, por las posibles implicaciones en materia de responsabilidad o de disciplina patrimonial que podrían derivarse del cambio de normativa aplicable.

Y la segunda coincidencia a destacar, que tanto la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global como el traslado internacional del domicilio social aparecen como procedimientos tendentes a facilitar, mediante un iter procedimental simplificado, sendas operaciones en las que, de no contemplar la Ley el procedimiento especial en que cada una de ellas consiste, el camino corriente para su realización pasaría por la disolución, liquidación y extinción de una sociedad (en el caso de la transformación, la escisión total, la cesión global y el traslado internacional del domicilio social) o incluso de varias sociedades (caso de la fusión), y la fundación de una o varias sociedades nuevas (circunstancia que no tendrá lugar en la cesión global, que no siempre acontecerá en la fusión y en la escisión, pero sí en caso de traslado internacional del domicilio social)³ en la que se integrarían o bien

³ En el caso del traslado internacional del domicilio social, si la ley no permitiera su realización con mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad, sería necesario proceder a su disolu-

la totalidad (caso de la transformación, la fusión y el traslado internacional del domicilio social) o bien parte (caso de la escisión, salvo que se trate de una escisión por absorción) del patrimonio y de los socios de la sociedad o sociedades extinguidas. Permitiendo, además, un ahorro considerable, no sólo en trámites procedimentales, sino también en costes económicos y de mercado.

Precisamente, estas coincidencias fueron las que llevaron al legislador a regular algunas de estas operaciones de manera conjunta en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA)⁴, concretamente en su ya derogado Capítulo VIII, bajo la rúbrica «De la transformación, fusión y escisión», como simple técnica de racionalización y de economía legislativas, y a establecer una regulación muy similar o incluso idéntica para todas ellas, mediante las oportunas remisiones, tanto en relación con el régimen de adopción y publicidad de los acuerdos respectivos, como en orden a la protección de los intereses individuales de los socios disconformes, y con una mayor amplitud aún entre la regulación de la fusión y la escisión, por razones que iremos descubriendo.

Circunstancia que ahora también se observa, aunque de una manera mucho más amplia, no sólo para la transformación, fusión y escisión, sino para todas las modalidades de modificaciones estructurales anteriormente enumeradas, y con carácter general para todas las sociedades mercantiles, en la nueva Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles⁵.

No obstante, más allá de lo aquí apuntado, y reiterando lo que decíamos al principio de estas líneas, no hay que olvidar que se trata de operaciones totalmente distintas —quizás con la matización de la simetría que se observa entre la fusión y la escisión—, que responden también a motivaciones diferentes, y que, mientras la transformación y el traslado internacional del domicilio social afectan a una sola sociedad, la fusión y la escisión van a afectar, cuando menos, a dos sociedades, en tanto que la cesión global afectará, además de a la sociedad cedente, a uno o varios cesionarios, que pueden ser tanto personas físicas como jurídicas.

ción y liquidación y, seguidamente, a la reconstitución de la sociedad en el Estado de destino. En este sentido, *vid.* P. BLANCO-MORALES LIMONES, *op. cit.*, p. 33.

⁴ Aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (*BOE* núm. 310, de 27 de diciembre de 1989; corrección de errores, *BOE* núm. 28, de 1 de febrero de 1990).

⁵ *BOE* núm. 82, de 4 de abril de 2009.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN EL DERECHO ESPAÑOL

El régimen jurídico aplicable a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el Derecho español aparece recogido en la reciente Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LME), cuya entrada en vigor, de conformidad con lo establecido en su disposición final octava, se produjo el 4 de julio de 2009⁶, a excepción de las disposiciones contenidas en el Capítulo II del Título II, relativas a las fusiones transfronterizas intracomunitarias, que entraron en vigor el día siguiente al de su publicación en el *BOE*, esto es, el 5 de abril de 2009.

Como se recoge en su propio Preámbulo, una de las características que presenta la nueva regulación es la ampliación del régimen jurídico de las denominadas «modificaciones estructurales», entendiendo como tales aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo y, en sentido amplio, el traslado internacional del domicilio social.

A esta idea responde la definición del ámbito objetivo de la Ley que se contiene en su art. 1, según el cual la Ley «tiene por objeto la regulación de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, consistentes en la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social». Si bien es cierto que, con respecto a esta última operación, el legislador es consciente realmente de las dificultades que entraña su consideración entre las modificaciones estructurales, como se deduce de los términos utilizados en el Preámbulo para justificar su regulación en la citada Ley, pues —en palabras del propio del legislador— «aunque no siempre presenta las características que permitan englobarlo dentro de la categoría de modificaciones estructurales, sus relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad aconsejan su inclusión en el mismo texto legal»⁷.

Otra de sus características viene dada por su generalidad, pues aunque el régimen previsto para estas operaciones tiene como modelo subyacente el

⁶ A los tres meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, que tuvo lugar, como ya se ha dicho, el 4 de abril de 2009 (*BOE* núm. 82). No obstante, *vid.* T. ARROLLO VENDRELL, «Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles», *Derecho de los Negocios*, núm. 229, octubre 2009, pp. 5-23, quien considera como fecha de entrada en vigor de la LME el 5 de julio de 2009 (esp. p. 7).

⁷ Apartado I, párrafo tercero, del Preámbulo LME.

de las sociedades de capital, se trata de una normativa general mercantil sobre modificaciones estructurales de las sociedades y, en cuanto Ley general mercantil, aplicable a cualquier sociedad de esta naturaleza, con independencia de la forma o del tipo social, salvo que expresamente se establezca lo contrario, como acontece al ocuparse de las fusiones transfronterizas intracomunitarias. En este sentido, el ámbito subjetivo de la Ley se determina en su art. 2, señalando que «es aplicable a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución»; añadiendo a continuación que las «modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas, así como el traslado internacional de su domicilio, se regirán por su específico régimen legal», norma que únicamente se justifica por lo establecido en el art. 124 del Código de Comercio y que, por tanto, ha de entenderse remitida a los supuestos en los que, de conformidad con este artículo, las sociedades cooperativas se considerarán mercantiles⁸.

Precisamente, este carácter general, unido a la extensión de su articulado, con un total de 103 artículos, agrupados en cinco títulos, con sus correspondientes capítulos y sesiones (a los que hay que añadir dos disposiciones adicionales, una transitoria, otra derogatoria y ocho finales), es lo que según sus autores explica que se haya optado por una Ley específica (al igual que han hecho en ocasión similar otros Estados miembros de la Unión Europea), en lugar de incluir la materia regulada en el Código de Comercio o en la LSA, a los que habrían de remitirse las demás Leyes especiales⁹.

En cualquier caso, como también se apunta en el Preámbulo de la LME, se trata de una solución transitoria a la espera de que se refundan y armonicen en su totalidad las distintas leyes que en estos momentos regulan nuestro Derecho de sociedades. En definitiva, «una solución transitoria a la espera de que llegue el momento oportuno para una codificación o, al menos, para una compilación del Derecho de las sociedades mercantiles en un cuerpo legal unitario en concepciones básicas, que suponga la derogación del notablemente envejecido Título I del Libro II del Código mercantil de 1885»¹⁰. Y es en esta idea en la que ha de situarse la disposición final séptima de la Ley, por la que se habilita al Gobierno para que en el plazo de doce meses (se entiende que a contar desde la fecha de su entrada en vigor) proceda

⁸ Art. 124 del Código de Comercio: «Las compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios a la vejez, y de cualquier otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o reconvirtieren en sociedades a prima fija».

⁹ Apartado II, párrafo primero, del Preámbulo LME.

¹⁰ Apartado V del Preámbulo LME.

a refundir en un único texto legal, y bajo el título «Ley de Sociedades de Capital», las leyes reguladoras de las sociedades de capital (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias por acciones), regularizando, aclarando y armonizando los siguientes textos legales que tendrán que ser refundidos y que a continuación se citan: la Sección 4.ª, Título I, Libro II, del Código de Comercio de 1885, relativa a las sociedades comanditarias por acciones; el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; el Título X de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, relativo a sociedades anónimas cotizadas, y la ahora aprobada Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Conviene también destacar que la LME incorpora a la legislación española la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre, relativa a las fusiones transfronterizas de la sociedad de capital. Ocasión que ha servido igualmente para revisar el régimen jurídico de la fusión y la escisión, a fin de incluir en el régimen general aquellas normas procedentes de la misma que no son consecuencia del «elemento transfronterizo»; y, sobre todo, a fin de utilizar las posibilidades ofrecidas por la Tercera y la Sexta Directiva —la Directiva 78/855/CEE, de 9 de octubre, y la Directiva 82/891/CEE, de 17 de diciembre, el Título I (arts. 3 a 21), de 1982—, ya incorporadas por la Ley 19/1989, de 25 de julio. Y asimismo, también incorpora la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre, por la que se modifican las ya citadas Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo, por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas.

La LME dedica a la regulación de la transformación el Título I (arts. 3 a 21), a la fusión el Título II (arts. 22 a 67), a la escisión el Título III (arts. 68 a 80), a la cesión global de activo y pasivo el Título IV (arts. 81 a 91), y al traslado internacional del domicilio social el Título V (arts. 92 a 103).

3. CONSIDERACIONES ESPECIALES SOBRE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES LABORALES

La LME no contempla ninguna especialidad con respecto a las modificaciones estructurales de las sociedades laborales, que ni siquiera son objeto de una mera referencia o nominación en el citado texto legal. A lo que hay que añadir que tampoco la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades

Laborales (en adelante, LSL)¹¹, contiene norma alguna sobre esta materia (si exceptuamos lo establecido en el art. 4.4, según el cual no se considerará transformación la obtención de la calificación como laboral por una sociedad anónima o de responsabilidad limitada), al igual que acontece con el Real Decreto 2114/1998, de 2 de octubre, sobre Registro Administrativo de Sociedades Laborales¹²; situación que ha seguido siendo la misma tanto antes como después de la entrada en vigor de la LME.

Sin embargo, conviene precisar que no estamos ante un tipo social autónomo, sino ante una modalidad especial de sociedad anónima o de responsabilidad limitada¹³, cuyo régimen jurídico específico se limita a contemplar una serie de excepciones al régimen general establecido para la forma social adoptada que le permite acogerse a un régimen fiscal más beneficioso, quedando sometida la sociedad laboral, en lo no previsto en la propia LSL, a lo establecido con carácter general en la LSA o en la LSRL, respectivamente¹⁴. Por tanto, la sociedad laboral, pese a las connotaciones especiales que presenta, no deja de ser una sociedad anónima o de responsabilidad limitada. De ahí que la obtención de la calificación como laboral por una sociedad anónima o de responsabilidad limitada no se considere transformación social ni esté sometida a las normas aplicables a la transformación de sociedades (art. 4.4 LSL).

En consecuencia, dado que las sociedades laborales, como sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que son, tienen la consideración de sociedades mercantiles¹⁵, podemos afirmar que quedan sujetas a la regulación que sobre modificaciones estructurales se establece en la citada LME, con carácter general para todas las sociedades mercantiles y, en particular, dependiendo del tipo social que hayan adoptado, a las disposiciones sobre esta materia que afecten particularmente bien a las sociedades anónimas, en el caso de que se trate de una sociedad anónima laboral (en adelante, SAL), o bien a las sociedades de responsabilidad limitada, en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada laboral (en adelante, SLL).

No obstante, a pesar de que el régimen jurídico de las modificaciones estructurales no presente ninguna peculiaridad con respecto a las sociedades laborales, dependiendo de la operación de que se trate (transformación, fusión, escisión, cesión global o traslado internacional del domicilio social) y de la posición que en la misma ocupe en cada caso la sociedad laboral, sí que habrá que prestar una especial atención a la incidencia que la concreta

¹¹ BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1997; corrección de errores en BOE núm. 164, de 10 de julio de 1997.

¹² BOE núm. 246, de 14 de octubre de 1998.

¹³ Vid. art. 1.1 LSL.

¹⁴ Vid. disposición final primera LSL.

¹⁵ Vid. art. 1.1 LSL, en relación con los arts. 3 LSA y 3 LSRL.

operación de modificación estructural que pretenda realizarse haya de tener en el cumplimiento por parte de la sociedad afectada de los límites a los que hacen referencia los arts. 1 y 5.3 LSL, sobre el porcentaje mínimo de participación en el capital social de los trabajadores contratados por tiempo indefinido, el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sea socios, y la participación máxima que cada socio puede alcanzar en el capital social. Límites de los que se hace depender tanto la obtención como la conservación o, en su caso, la pérdida de la calificación de «sociedad laboral»¹⁶.

Así, por referirnos a casos concretos, en el supuesto de que una sociedad mercantil inscrita de distinto tipo social decida transformarse en SAL o SLL, será precisamente el cumplimiento de estos límites por parte de dicha sociedad lo que determine si es posible sin más su transformación, pudiendo solicitar para la sociedad transformada la calificación como «sociedad laboral»; caso en el que será necesario, además del acuerdo de transformación, el acuerdo de la junta de socios favorable a la solicitud de tal calificación¹⁷. Del mismo modo que el cumplimiento de estos límites será el que determine si en caso de fusión por constitución de una nueva sociedad, o de escisión, cuando la sociedad beneficiaria de esta última sea también una sociedad de nueva creación, podrá solicitarse la calificación de «sociedad laboral» para la nueva sociedad; o si tratándose de una fusión por absorción en la que la sociedad absorbente fuera una sociedad laboral, la integración en ella por sucesión universal de los patrimonios íntegros de las sociedades absorbidas y la incorporación de los socios que lo fueran de aquéllas, supondrá para la sociedad laboral absorbente la superación de los referidos límites y, en consecuencia, la imposibilidad de llevar a cabo la pretendida operación sin que dicha sociedad obtenga previamente su descalificación como «sociedad laboral»¹⁸; como podría ocurrir igualmente en caso de escisión o de cesión global de activo y pasivo si, en el primer caso, la sociedad beneficiaria o, en el segundo, la sociedad cesionaria, fuera una sociedad laboral ya existente. Sin olvidar las consecuencias económicas que la descalificación puede acarrear para la sociedad laboral, incluso en el caso de que se acordase a petición de la propia sociedad, por la pérdida de los beneficios tributarios obtenidos desde su calificación como tal, cuando dicha descalificación se

¹⁶ Vid. art. 16.1.1.ª LSL.

¹⁷ Vid. art. 2.2, párrafo segundo, LSL.

¹⁸ Cfr. art. 5.1 del Real Decreto 2114/1998, de 2 de octubre, sobre Registro Administrativo de Sociedades Laborales: «No podrá practicarse en el Registro Mercantil ninguna inscripción de modificación de los estatutos de una sociedad laboral que afecte a la composición del capital social o implique el cambio de domicilio fuera del término municipal, sin que se aporte certificación del Registro Administrativo de Sociedades Laborales, del que resulte, en el primer caso, la resolución favorable de que dicha modificación no afecta a la calificación de la sociedad de que se trate como laboral y su inscripción y, en el segundo, la inscripción del cambio de domicilio».

produjera antes de que hayan transcurrido cinco años desde su constitución o transformación¹⁹. Por lo demás, fácil resulta adivinar que el traslado al extranjero del domicilio social de una sociedad laboral conllevará también la pérdida de su calificación como «sociedad laboral».

En todo caso, junto a los referidos límites, también habrá que prestar al Fondo Especial de Reserva que contempla el art. 14 LSL, cuya falta de dotación, dotación insuficiente o aplicación indebida son también consideradas por el art. 16.1.2.^a LSL como causas legales de pérdida de la calificación como «sociedad laboral».

4. PRESUPUESTOS PARA LA OBTENCIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE SOCIEDAD LABORAL

Los requisitos legales que han de concurrir en la sociedad anónima o de responsabilidad limitada como presupuesto para que pueda obtener la calificación administrativa de «sociedad laboral», como hemos tenido ocasión de señalar, van desde la participación mayoritaria de los trabajadores en el capital social, pasando por el cumplimiento de los límites establecidos tanto a la contratación por tiempo indefinido de trabajadores no socios como a la participación máxima de los socios en el capital social, hasta la constitución y dotación de un Fondo Especial de Reserva destinado exclusivamente a la compensación de pérdidas. En cualquier caso, estos requisitos legales, si bien reflejan las notas que caracterizan a la sociedad laboral en orden a su estructura y configuración, por sí solos no bastan para la aparición del tipo, de modo que sólo podemos hablar de sociedad laboral cuando, verificada la concurrencia de los mismos por el órgano administrativo competente, aquélla obtiene la correspondiente calificación.

Como se desprende del art. 1.1 LSL, el principal requisito sobre el que se construye el concepto de sociedad laboral es el referido a la participación mayoritaria de los trabajadores en el capital social, pudiendo obtener tal calificación aquellas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, y cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido. Sin embargo, cabe señalar que no es necesario que la relación laboral del socio lo sea en jornada completa, solución que permitirá computar, a tal efecto, la participación en el capital social tanto de los trabajadores a tiempo parcial contratados por tiempo indefinido como de los trabajadores fijos discontinuos.

¹⁹ *Vid.* arts. 16.4 LSL, y 8 del Real Decreto 2114/1998, de 2 de octubre, sobre Registro Administrativo de Sociedades Laborales.