

25

Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa



Calidad de Revistas
Científicas Españolas

FECYT | FUNDACIÓN ESPAÑOLA
PARA LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA | 2014

diciembre

2014

www.ciriec-revistajuridica.es

 **CIRIEC**
españa

ISSN.: 1577-4430

ISSN (ed. electr.)
1989-7332



**Revista Jurídica de Economía
Social y Cooperativa**
nº 25 diciembre 2014

<http://www.ciriec-revistajuridica.es>

Patrocina:



DIRECCIÓN GENERAL DEL
TRABAJO AUTÓNOMO,
DE LA ECONOMÍA SOCIAL Y DE
LA RESPONSABILIDAD SOCIAL
DE LAS EMPRESAS

Colabora:



Centro de Información y
Documentación Europea
de la Economía Pública,
Social y Cooperativa.

VNIVERSITAT
ID VALÈNCIA (U·V)

IJUESCOOP
Institut Universitari d'Investigació en Economia
Social, Cooperativisme i Emprendedoria



CIRIEC-España **Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa**

CONSEJO DE REDACCIÓN (EDITORIAL BOARD)

Dirección

Gemma Fajardo García y Jesús Olavarría Iglesia
Profesores Derecho Mercantil. U. Valencia

Vocales

Pilar Alguacil Marí (Cat. Derecho Financiero. U. Valencia)
Carlos Vargas Vasserot (Cat. Derecho Mercantil. U. Almería)
Federico López Mora (Prof. Derecho Laboral. U. Valencia)
Rafael Millán Calenti (Prof. Dcho Mercantil. U. Santiago de Compostela)
Aitor Bengoetxea (Prof. Derecho Laboral. U. País Vasco).

Secretaría de Redacción

Ana Martínez Benlliure (CIDEA - Universitat de València)

Presidente honorífico

Francisco Vicent Chuliá
Cat. Derecho Mercantil. U. Valencia

COMITÉ CIENTÍFICO (ADVISORY BOARD)

Justino Duque (Cat. Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid)	Narciso Paz Canalejo (Abogado)
Juan Ignacio Font Galán (Cat. Derecho Mercantil U. de Córdoba)	Jose María Pérez Uralde (Abogado)
José Antonio Gómez Segade (Cat. Derecho Mercantil U. La Coruña)	Antonio Fici (Prof. Private Law. U. Molise. Italia)
Jose María Suso Vidal (Cat. Derecho Mercantil U. País Vasco)	Hagen Henry (Prof. Comparative Law. U. Helsinki. Finlandia)
Jose Miguel Embid Irujo (Cat. Derecho Mercantil U. Valencia)	Deolinda Aparicio Meira (Prof. Commercial Law. U.Porto, Portugal)
Vicente Cuiñat Edo (Cat. Derecho Mercantil U. Valencia)	Hans Munkner (Prof. Law and business organization. U. Marburg. Alemania)
María Luisa Llobregat (Prof. Derecho Mercantil U. Alicante)	Ian Snaith (Prof. Cooperative Law. U. Leicester. Reino Unido)
D.Santiago Merino Hernández (Asesor Jurídico del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi)	David Hiez (Prof. Private Law. U. Luxembourg. Luxemburgo)
Antxo Tato Plaza (Cat. Derecho Mercantil U. de Vigo)	Rui Namorado (Prof. Commercial Law. U. Coimbra. Portugal)
Manuel Paniagua (Prof. Derecho Mercantil U. Loyola Andalucía)	Dante Cracogna (Prof. Derecho Comercial. U. Buenos Aires. Argentina)
Pedro Portellano (Prof. Derecho Mercantil U. Autónoma de Madrid)	Antonio Sarmiento (Prof. Dcho Coop., U. Javeriana de Bogotá. Colombia).
Jose Ramón Salelles (Prof. Derecho Mercantil U. Pompeu Fabra)	Mario Shujman (Prof. Derecho Cooperativo. U. Rosario. Argentina)
Carmelo Lozano (Cat. Derecho Financiero U. Valencia)	Alberto García Muller (Prof. Dcho. Administrativo. U. Los Andes. Venezuela)
Juan López Gandía (Cat. Derecho Laboral. U. Politécnica de Valencia)	Guilherme Krueger (Asesor Jurídico de la OCB y Economista. Brasil)
Marco Antonio Rodrigo Ruiz (Cat. Derecho Financiero U. País Vasco)	Roxana Sánchez (Prof. Derecho Civil. U. Costa Rica)
Manuel Botana (Cat. Derecho Mercantil. U. Santiago Compostela)	Carlos Torres Morales (Prof. Derecho Comercial. U. Lima.Perú)
Rafael Calvo Ortega (Cat. Derecho Financiero, U. Complutense de Madrid)	Siegbert Rippe (Prof. Emérito Derecho. U. República de Uruguay)
	Sergio Reyes Lavega (Prof. Economía Solidaria. U. República de Uruguay)

REDACCIÓN Y DISTRIBUCIÓN

CIRIEC-España

Campus Els Tarongers. Facultad de Economía. Despacho 2p21. 46022 VALENCIA
Tel.: 96 356 22 48 / 96 382 84 89-91 - Fax: 96 382 84 92

MAQUETACIÓN

Sergio Rubio

IMPRESIÓN

LLORENS Servicios Gráficos- VALENCIA - Tel. 902 154 305, 963 655 990

PORTADA

ESTUDIO GRÁFICO DE PUBLICIDAD, SL. C/ Xàtiva, 14-60ª 46002 - VALENCIA - Tel. 96 394 32 25

©: CIRIEC-ESPAÑA

I.S.S.N.: 1577-4430 - I.S.S.N. (edición electrónica): 1989-7332 - Depósito Legal: V-1886-1995

<http://www.ciriec-revistajuridica.es/>

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa es una revista anual, arbitrada e indexada en las siguientes bases de datos: LATINDEX, IN-RECEJ, DIALNET, ISOC, COMPLUDOC, CIRIEC-Internacional y CIDEA

SUMARIO

ARTÍCULOS

- El marco jurídico de la economía social en Chile: configuración actual y perspectivas. Por **Jaime Alcalde Silva** 9
- La Sociedad Cooperativa Europea: cuestiones y perspectivas. Por **Antonio Fici** 69
- O regime jurídico brasileiro das sociedades cooperativas - uma breve reflexão sobre a adequação das normas societárias em face da orientação internacional de integração dos mercados e o desenvolvimento das cooperativas. Por **Emanuelle Urbano Maffioletti** 123
- A societização do órgão de administração das cooperativas e a necessária profissionalização da gestão. Por **Deolinda Aparício Meira** 159
- La auditoría en las cooperativas españolas y francesas. Estudio comparativo de su régimen legal. Por **Amaia Zubiaurre Gurruchaga** 195
- Resolución extrajudicial de conflictos en las cooperativas españolas. Por **María Salas Porras** 243
- Algunos aspectos jurídico-mercantiles tras el concurso de Fagor. Por **Arantza Martínez Balmaseda** 281
- Transmisión de acciones y participaciones sociales en la reforma propuesta de la Ley de Sociedades Laborales. Por **M^a del Mar Andreu Martí** 313
- La consecución del principio de libre establecimiento a través de la Sociedad Cooperativa Europea: el procedimiento de traslado de domicilio. Por **Irene Escuin Ibáñez** 343
- Los valores según la Alianza Cooperativa Internacional (ACI). Por **Juan Luis Moreno** 371

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL. OCTUBRE 2013-OCTUBRE 2014.

Por **Jesús Olavarría Iglesia**

Índice sistemático	397
I. Cooperativas.....	405
II. Mutualidades de Previsión Social y Mutuas de Seguros	461
III. Asociaciones	470
IV. Fundaciones	475
Índice cronológico.....	480

RESEÑA DE LEGISLACIÓN SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL. Por **Gemma Fajardo García**

Relación sistemática de disposiciones. Octubre 2013 - Junio 2014..... 489

Índice acumulado	513
Instrucciones para los autores	533
Instructions to authors	534
Evaluadores	535
CIDEC.....	536
Observatorio Español de la Economía Social	537

ARTÍCULOS

Jaime Alcalde Silva

El marco jurídico de la economía social en Chile: configuración actual y perspectivas

Antonio Fici

La Sociedad Cooperativa Europea: cuestiones y perspectivas

Emanuelle Urbano Maffioletti

O regime jurídico brasileiro das sociedades cooperativas - uma breve reflexão sobre a adequação das normas societárias em face da orientação internacional de integração dos mercados e o desenvolvimento das cooperativas

Deolinda Aparício Meira

A societização do órgão de administração das cooperativas e a necessária profissionalização da gestão

Amaia Zubiaurre Gurruchaga

La auditoría en las cooperativas españolas y francesas. Estudio comparativo de su régimen legal

María Salas Porras

Resolución extrajudicial de conflictos en las cooperativas españolas

Arantza Martínez Balmaseda

Algunos aspectos jurídico-mercantiles tras el concurso de Fagor

M^a del Mar Andreu Martí

Transmisión de acciones y participaciones sociales en la reforma propuesta de la Ley de Sociedades Laborales

Irene Escuin Ibáñez

La consecución del principio de libre establecimiento a través de la Sociedad Cooperativa Europea: el procedimiento de traslado de domicilio

Juan Luis Moreno

Los valores según la Alianza Cooperativa Internacional (ACI)

EL MARCO JURÍDICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL EN CHILE: CONFIGURACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS

Jaime Alcalde Silva

Profesor asistente de Derecho Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

El artículo ofrece una primera aproximación sistemática del marco jurídico de la economía social en Chile, para identificar sus rasgos característicos desde el derecho mercantil y presentar propuestas concretas que sirvan de sustrato de discusión para la ley sobre la materia que el actual gobierno ha anunciado entre sus prioridades. A través de ella se pretende un replanteamiento de las distintas clases de entidades que integran este sector desde una perspectiva inversa a la que ha sido habitual. Esto significa asumir la importancia del elemento organizativo que hay detrás (incluso atenuado, como en las fundaciones), para concebir la empresa según la función social que desempeña en el tráfico económico, y aun repensar la propia forma de concebir el derecho, mirado ahora como un conjunto de servicios socialmente exigibles, donde ciertos criterios, como el bien común, la reciprocidad, la autogestión, el desarrollo equitativo, el emprendimiento sostenible o la solidaridad, por lo general ajenos a la habitual forma de entender el mercado y la eficiencia que debe presidir su funcionamiento, no quedan completamente al margen. El momento para esta revisión coincide, además, con un tiempo de transformaciones institucionales en el país, respecto de las cuales la economía social puede y debe cumplir una función destacada.

PALABRAS CLAVE: Concepto de empresa, economía social, economía solidaria, empresas sociales, Chile.

THE LEGAL FRAMEWORK OF THE SOCIAL ECONOMY IN CHILE – CURRENT FORM AND PROSPECTS

ABSTRACT

This paper provides a first systematic approach to the legal framework of the social economy in Chile with the aim of identifying its characteristic features from a commercial law perspective and presenting concrete proposals that may serve as a basis for discussion of the social economy law the present government has announced as a priority. It is intended to prompt reconsideration of the different types of organisation included in this sector from an opposite standpoint to the usual view to date. This means accepting the importance of the underlying organizational element (even if attenuated, as in foundations) in order to consider the company in terms of the social function it performs in economic traffic. It even means rethinking our own understanding of the law and seeing it as a set of socially demandable services that do not completely sideline certain criteria, such as the common good, reciprocity, self-management, equitable development, sustainable entrepreneurship or solidarity, which are generally absent from the usual way of understanding the market and the efficiency that should govern its functioning. Moreover, the timing of this review also coincides with a period when the country is undertaking institutional changes in which the social economy should and must play a prominent role.

KEY WORDS: Concept of company, social economy, solidarity economy, social firms, Chile.

SUMARIO*

I. Introducción. II. La economía social como categoría. III. El estado actual de la economía social en Chile. 1. Las iniciativas académicas y de extensión. 2. Las iniciativas relacionadas con las políticas públicas. 3. Las iniciativas relacionadas con el impulso de las propias empresas sociales. 4. Las iniciativas de difusión a través de los medios de comunicación. IV. El punto de partida: el derecho mercantil como derecho privado de la empresa. V. La economía social y su tipología empresarial. 1. Las mutuales. 2. Las cooperativas. 3. Las corporaciones y fundaciones. 4. Las asociaciones gremiales. 5. Las organizaciones comunitarias. 6. Los sindicatos y las asociaciones de funcionarios. 7. Las organizaciones indígenas. 8. Las empresas B. 9. Otras agrupaciones. VI. Perspectivas de futuro: hacia un reconocimiento constitucional de la economía social y una ley de empresas sociales. VII. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

Desde 2011, Chile vive la reaparición de diversos movimientos sociales que reclaman la adopción de una serie de transformaciones estructurales, que parten por una nueva Constitución Política generada a través de una asamblea constituyente u otro mecanismo que asegure una efectiva participación ciudadana, siguen por una varias veces sugerida reforma educacional profunda, y acaban en otras reivindicaciones de interés sectorial, referidas al reconocimiento de ciertos derechos por parte de las minorías sexuales, la despenalización del aborto y la marihuana, y el resurgimiento de la cuestión indígena, aun a través de actos de violencia en la región de la Araucanía¹. La reforma educacional, quizá la que concita una mayor adhesión social y ha traído consigo un cambio en el sistema de

* Una versión similar de este trabajo fue presentada para ser incluida en las actas de las V Jornadas Chilenas de Derecho Comercial, celebradas los días 27 y 28 de agosto de 2014 y organizadas por la Universidad Adolfo Ibáñez (Santiago de Chile). Hace parte asimismo del Proyecto núm. 3163/DPCC2013, financiado por la Vicerrectoría de Investigación y la Dirección de Pastoral y Cultura Cristiana de la Pontificia Universidad Católica de Chile, a cargo del autor.

1. Véase, en general, SALAZAR, G., *Movimientos sociales en Chile. Trayectoria histórica y proyección política* (Santiago, Uqbar, 2012).

tributación para concurrir a su financiación, supone el anhelo de una educación pública, gratuita y de calidad en todos los niveles de enseñanza, incluida la reordenación del sistema universitario, que implica acabar con el lucro en los prestadores de este servicio, sin desconocer a la vez el derecho de los padres para elegir el lugar donde estudiarán sus hijos². El mismo paradigma económico se halla hoy en entredicho, dado que el paulatino crecimiento experimentado por el país en las últimas tres décadas no ha conseguido reducir en igual proporción la brecha de desigualdad que aún subsiste ni disminuir los índices de pobreza efectiva, sobre todo en comparación con otros países de la OECD³.

El país no padece, entonces, una crisis financiera como la que a partir de 2008 ha asolado Estados Unidos de América y Europa, con especial fuerza en España, Grecia y Portugal, pero la sociedad civil reclama ciertos cambios que tienen connotaciones similares y exigen la atención del derecho, sobre todo ahora que desde distintos frentes se comienza a redescubrir la economía social como una alternativa posible y actual de emprendimiento. El país afronta en la actualidad un período de transformaciones institucionales en torno a sus paradigmas políticos y económicos, y el así llamado tercer sector comporta las características adecuadas para responder a los nuevos desafíos que demanda la sociedad civil, centrados principalmente en la primacía de las personas y del fin social sobre el capital, la participación en los beneficios de acuerdo al trabajo aportado, la gestión democrática, la promoción de la solidaridad y el desarrollo sustentable, y la autonomía respecto de los poderes públicos.

En Chile, y pese a la base constitucional al menos formalmente indiferenciada que existe desde 1980, el estudio jurídico de la actividad económica sólo ha girado en torno a la extensión y alcance del principio de subsidiariedad y al reducido margen concedido a la actividad empresarial del Estado. Esto explica que las políticas de fomento de emprendimiento hayan sido conducidas casi de manera exclusiva por cauces centrados en el fin de lucro, como se comprueba de la sucesiva modernización del mercado de capitales o de los incentivos a favor de los distintos tipos societarios⁴. Tampoco hay esfuerzos desde la doctrina científica para siste-

2. Sobre ella: <http://reformaeducacional.gob.cl/> [fecha de consulta: 17 de julio de 2014].

3. Fuente: <http://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI> [fecha de consulta: 30 de junio de 2014].

4. Por ejemplo, la Ley 20.659, que simplifica el régimen de constitución, modificación y disolución de las sociedades mercantiles, no incluye a las cooperativas (artículo 2°).

matizar las empresas de sociales como categoría jurídica, salvo alguna notable y reciente excepción⁵. Los trabajos existentes abordan la cuestión desde la economía y, generalmente, con marcos conceptuales acotados. Para la dogmática, la economía social ha despertado un interés meramente sectorizado, relativo a las cooperativas y a las corporaciones y fundaciones, y sólo se ha apuntado la potencialidad que depara la reforma de la reciente Ley 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana, con sus respectivas herramientas de fomento. El momento histórico es propicio, por tanto, para profundizar en las bases conceptuales de la economía social como alternativa de acción en el mercado y, particularmente, en la potencialidad de las empresas que componen este campo, respecto de las cuales los cambios legislativos ya producidos o por venir anuncian perspectivas interesantes.

El propósito de este trabajo es proporcionar una mirada de la situación actual de la economía social en Chile y generar un cuerpo de ideas que sirva de masa crítica para la reflexión de las futuras políticas públicas del sector, que cada vez son más inminentes en su realización, especialmente en lo que atañe a la preparación de una ley de empresas sociales anunciada por el actual gobierno⁶. En este sentido, la experiencia histórica enseña que los elementos constitutivos de una determinada fijación quedan garantizados en la medida que se cumplen tres condiciones: (i) un sostenido trabajo de creación y elaboración científica sobre el respectivo derecho nacional; (ii) unas obras epigonales en las que culmina el trabajo anterior presentando el conjunto de sus resultados parciales y dispersos; y (iii) un período de estabilidad socioeconómica durante el cual se elabore el cuerpo fijador⁷. En el ámbito de la economía social sólo la tercera de estas condiciones se cumple hoy a cabalidad, mientras que las otras dos tienen todavía un incipiente grado de avance.

De ahí que este trabajo no pretenda agotar el tema y tenga sólo un carácter prospectivo, dado que intenta delimitar la economía social como una categoría diferenciada (II) y confrontar el estado actual que ella tiene en Chile, con referencia a las distintas iniciativas surgidas en los últimos años (III). Hecho esto, corresponde fijar el punto de partida para su reconstrucción futura como subsistema

5. VÁSQUEZ ÚBEDA, L. G./JUPPET EWING, M.^a F., *Derecho del tercer sector: corporaciones, fundaciones y cooperativas* (Santiago, LegalPublishing/ThomsonReuters, 2014).

6. Véase *infra*, III *in fine*.

7. CABRILLAC, R., *Las codificaciones* (trad. de Paulina Pulido y Claudia Bulnes, Santiago, Flandes Indiano, 2009), p. 76, y GUZMÁN BRITO, A., *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977), p. 14.

normativo, referido al derecho mercantil como aquella disciplina especial que se ocupa del tráfico económico organizado bajo forma de empresa (IV), y ensayar enseguida una aproximación tipológica de las empresas sociales que hoy operan en el país (V). En un ejercicio de *lege ferenda*, este recuento servirá para ensayar el contenido de la proyectada ley de empresas sociales y también el reconocimiento constitucional que ha de tener esta categoría por su contribución al crecimiento y desarrollo del país (VI). Para acabar, se ofrece un cuerpo de conclusiones (VII).

II. La economía social como categoría

La economía social no es un concepto nuevo, pues sus primeros trazos se pueden rastrear ya en el siglo XIX⁸, y aun en ciertas entidades de más antigua data⁹. En Chile, por ejemplo, existe un antecedente en las sociedades de socorros mutuos surgidas a comienzos de la década de 1840 para brindar protección ante accidentes, enfermedad o muerte de sus afiliados¹⁰, o en las cooperativas que, bajo alguna de las formas societarias por entonces reconocidas, se comenzaron a constituir a partir de 1887¹¹. En la actualidad, con el término se quiere designar al conjunto de empresas que persiguen conciliar la actividad económica con la utilidad social, otorgando primacía a las necesidades de sus miembros o de la sociedad en su conjunto por sobre el reparto de las ganancias generadas, y en las que prima una gestión democrática. Desde una perspectiva comparada,

8. Véase, por ejemplo, FAJARDO GARCÍA, G., «Las empresas de economía social en la Ley 5/2011, de 29 de marzo», RdS 38 (2012), pp. 246-247, y NAVARRO MATAMOROS, L., «Análisis comparado de la economía social en la Unión Europea y en España en tiempos de crisis», en ABRIANI, N./EMBED IRUJO, J. M. (dirs.), *Crisis económica y responsabilidad de la empresa* (Granada, Comares, 2013), pp. 44-45.

9. MONZÓN CAMPOS, J. L./CHAVES ÁVILA, R., *La economía social en la Unión Europea* (Informe elaborado para el Comité Económico y Social Europeo por CIRIEC, 2012), p. 13.

10. ILLANES OLIVA, M.^a A., *Chile des-centrado. Formación socio-cultural republicana y transición capitalista (1840-1910)* (Santiago, LOM, 2003), pp. 263-361.

11. STRAUBE RÍOS, E., «*La Valparaíso*» y «*La Esmeralda*». *Las primeras cooperativas fundadas en Chile. Año 1887* (ponencia presentada en el Congreso Nacional Cooperativo, 14 y 15 de enero de 2013, edición electrónica de la Cámara de Diputados). Desde la historiografía, el fenómeno viene estudiado parcialmente en CAVIERES FIGUEROA, E., «Estructura y funcionamiento de las sociedades comerciales de Valparaíso durante el siglo XIX», *Cuadernos de Historia* 4 (1984), pp. 61-86.

ahí comparecen las cooperativas, las sociedades laborales, los sindicatos, las mutualidades, las asociaciones, las fundaciones, las organizaciones no gubernamentales (ONG) y otras organizaciones sin ánimo de lucro (por ejemplo, las empresas de interés comunitario). No obstante su larga presencia, ha sido en las últimas décadas, especialmente desde 1970, que el sector ha cobrado importancia en el ámbito académico y en las políticas públicas, incluso con reconocimiento constitucional (por ejemplo, en España, Italia, Portugal, Brasil, la India, Venezuela, Ecuador, etcétera)¹². Dos son los órdenes de razones que explican dicho posicionamiento.

La primera de ellas es la necesidad de atenuar o suavizar el rigor inherente al pensamiento económico de cariz liberal, que parecía triunfar sin discusiones hasta hace pocos años¹³. Aunque en Europa este fenómeno ha sido más evidente desde el último cuarto del siglo XX debido a los cuestionamientos al Estado de Bienestar surgido del propio capitalismo y a la caída de las economías centralizadas¹⁴, Chile no ha permanecido al margen¹⁵. Hoy existe convergencia en que el mundo atraviesa una profunda crisis, que no sólo tiene su origen en aquella de carácter financiero iniciada en 2008 en Estados Unidos de América con la quiebra de varias entidades bancarias (entre ellas la paradigmática del banco de inversión

12. El panorama comparado puede ser revisado en <https://www.constituteproject.org/> [fecha de consulta: 27 de noviembre de 2014].

13. Por todos, FUKUYAMA, F., *El fin de la historia y el último hombre* (trad. de Pedro Elías, Barcelona, Planeta, 1992).

14. NAVARRO, «Análisis comparado», cit. (n. 8), pp. 47-53.

15. Véase, entre otros, ATRIA LEMAITRE, F., *Neoliberalismo con rostro humano. Veinte años después* (Santiago, Catalonia, 2013); ATRIA LEMAITRE, F. *et alii*, *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público* (Santiago, Debate, 2013); FRENCH-DAVIS MUÑOZ, R., *Chile entre el neoliberalismo y el crecimiento con equidad Cuarenta años de políticas económicas y sus lecciones para el futuro* (Santiago, LOM, 2014); GARRETÓN, M. A., *Neoliberalismo corregido y progresismo limitado. Los gobiernos de la Concertación en Chile, 1990-2010* (Santiago, ARCIS/FLACSO, 2013); MAYOL MIRANDA, A., *No al lucro. De la crisis del modelo a la nueva era política* (Santiago, Debate, 2012), y *El derrumbe del modelo. La crisis de la economía de mercado en el Chile contemporáneo* (Santiago, LOM, 2ª ed., 2013); RIVERA URRUTIA, E./MARTNER FANTA, G., *Radiografía crítica al «modelo chileno». Balances y propuestas* (Santiago, LOM, 2013); RUIZ, C./BOCCARDO, G., *Los chilenos bajo el neoliberalismo. Clases y conflictos sociales* (Santiago, El Desconcierto, 2014); SOLIMANO RATINOFF, A., *Capitalismo a la chilena y prosperidad de las élites* (trad. de Pedro Solimano, Santiago, Catalonia, 2013).

Lehmann Brothers)¹⁶, sino que reviste un carácter más complejo y con graves implicancias antropológicas y morales hacia el futuro (por ejemplo, en la formación de nuevos ciudadanos¹⁷), y para la cual el redescubrimiento de la idea de cooperación recobra una crucial importancia (también como paradigma de decisiones estratégicas¹⁸). Por eso, no es extraño que ya en 1980 la *Charte de l'Economie Sociale*, publicada por el Comité de Liaison des activités mutualistes, coopératives et associatives (CNLAMCA), comenzase con un crudo diagnóstico: «*En este fin de siglo, la humanidad afronta una crisis de civilización fundamental. Ella toca todos los aspectos de la vida: las estructuras económicas y sociales, la ciudad, la vida política y cultural, el hombre mismo*»¹⁹. Para hacer frente a ella, las empresas que concurrían a su suscripción se comprometían a favorecer, en su acción cotidiana, la conciliación armónica entre el rigor económico y la audacia social, y a esforzarse por introducir un nuevo tipo de relaciones humanas fundado en los conceptos de dignidad, libertad y solidaridad. Vale decir, aunque sin explicitarlo, proponían redescubrir el sentido clásico de la economía, como administración de lo propio con miras a la justa gestión de su uso²⁰, para orientarla al bien común y ya no al mero bien total²¹. Para decirlo con Fernando Inciarte (1929-2000), con dicho manifiesto se pretendía revalorizar la ideología de la pobreza que hay detrás del republicanismo (como teoría basada en el buen gobierno de una sociedad organizada a través de la igualdad y de un orden propio surgido de la libertad),

16. Aspecto del que se ha ocupado EMBID IRUJO, J. M., *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario* (Granada, Comares, 2013), especialmente pp. 1-14.

17. NUSSBAUM, M. C., *Sin fines de lucro: por qué la democracia necesita de las humanidades* (trad. de María Victoria Rodil, Buenos Aires, Katz, 2010), pp. 19-31.

18. CAÑAS, L., *El falso dilema del prisionero. Una visión más amplia de las decisiones racionales* (Madrid, Alianza, 2008).

19. Fuente: <http://www.cress-midipyrenees.org/fr/schapitre.php?schap=33> [fecha de consulta: 30 de junio de 2014].

20. ARIST., *Pol.*, 1253-1254.

21. ZAMAGNI, S./ZAMAGNI, V., *La cooperazione. Tra mercato e democrazia economica* (Bolonia, Il Mulino, 2008), pp. 20-24 y, ahora con más desarrollo, ZAMAGNI, S., *Por una economía del bien común* (trad. de Isaías Hernando, Madrid, Ciudad Nueva, 2012).

donde prima el bien común y la satisfacción de las necesidades de los partícipes antes que el bien privado (o meramente total) y la acumulación de riqueza²². Esto explica que en aquella Carta las empresas sociales tuviesen por finalidad el servicio del hombre (artículo 7) y, constituidas por socios solidarios e iguales en derechos y deberes, fuesen gestionadas de manera democrática (artículo 1), o que los excedentes del ejercicio no pudiesen ser utilizados más que para su propio crecimiento o para prestar un mejor servicio a sus miembros (artículo 5).

En segundo término, la economía social ha adquirido relieve por el propósito de construir una alternativa sólida al funcionamiento clásico de la economía capitalista, en la que puedan desempeñar un papel relevante determinados criterios, como el de bien común, reciprocidad (como manifestación de ayuda mutua) y equidad, por lo general ajenos a la forma habitual de entender el mercado y la eficiencia que debe presidir su funcionamiento²³. De ahí que ella no repela la búsqueda de una ganancia como un propósito legítimo, sino que su especificidad es ésta queda subordinada a otros fines prioritarios relacionados con el interés colectivo o general y, por tanto, diferentes del reparto de dicha ganancia entre los miembros.

No sorprende, entonces, que paulatinamente se hayan ido adoptando leyes que pretenden tanto dar un marco jurídico común para el conjunto de entidades que integran la economía social, con pleno respeto a su normativa específica, como determinar las medidas de fomento a favor de ellas en consideración a los fines y principios que les son propios²⁴. Así ha ocurrido en Honduras (Decreto 193/1985, de 30 de octubre), Colombia (Ley 454, de 6 de agosto de 1998), Italia (Decreto legislativo 155, de 24 de marzo de 2006), Venezuela (Decreto ley de 31 de julio de 2008), España (Ley 5/2011, de 29 de marzo), Ecuador (Ley 444, de 10 de mayo de 2011), México (Ley de 23 de mayo de 2012), Portugal (Decreto

22. INCIARTE, F., *Liberalismo y republicanism. Ensayos de filosofía política* (Pamplona, EUNSA, 2001), especialmente pp. 15-30.

23. Véase, como referencia, RAND, A., «¿Qué es el capitalismo?», *Estudios Públicos* 37 (1990), pp. 63-90, y BERGER, P., «El capitalismo como fenómeno», *Estudios Públicos* 38 (1990), pp. 245-265.

24. Véase, en general, FAJARDO GARCÍA, G., «La economía social en las leyes», *CIRIEC-España. Revista de economía pública, social y cooperativa* 66 (2009), pp. 5-36, y PARDO LÓPEZ, M.ª M./GÓMEZ MANRESA, M.ª F. (eds.), *Economía social y derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas de economía social* (Granada, Comares, 2014).

del Presidente de la República 58/2013, de 8 de mayo) y Francia (Ley 2014/856, de 31 de julio). Existen asimismo leyes estatales en algunos países con régimen federal o equivalente, como sucede en la Región Valona (Decreto 4718, de 20 de noviembre de 2008), Bahía (Ley 12.368, de 13 de diciembre de 2011) y Quebec (Ley 27, de 10 de octubre de 2013). La tendencia parece ya consolidada y son varios los países donde actualmente se discute la aprobación de una ley sobre economía social o solidaria. Tal es el caso de Brasil (2010), República Dominicana (2011) y Argentina (2011), y pronto lo será el de Chile²⁵.

III. El estado actual de la economía social en Chile

El 20 de octubre de 1971, y en cumplimiento de su programa de gobierno (donde se mencionaba la promesa de «La construcción de una nueva economía»), el Presidente Salvador Allende Gossens (1908-1973) presentó un controvertido proyecto de ley para reestructurar la economía en tres áreas (Boletín núm. 880-71-4). Ahí se establecía que, por exigirlo el interés nacional y con el objeto de asegurar la función social de los medios de producción y de otros recursos económicos y financieros (artículo 10 núm. 10 de la Constitución Política, tras la reforma de la Ley 16.615), debían existir tres áreas diferenciadas de propiedad: social, mixta y privada (artículo 1º). Entre las empresas que pertenecían al área social, vale decir, que combinaban los capitales del Estado y de los particulares y donde la administración y gestión se ejercía conjuntamente, se mencionaban (i) las empresas de trabajadores definidas en la propia ley; (ii) las empresas bancarias respecto de las cuales el Estado había adquirido participación; (iii) las cooperativas de cualquier tipo (con reconocimiento en el artículo 10 núm. 17 II de la Constitución Política tras la reforma de la Ley 17.398); y (iv) los asentamientos agrícolas de que trataba la Ley 16.640 sobre reforma agraria (artículo 6º). El objetivo de esta área era permitir la combinación de intereses y recursos sociales con las iniciativas y capacidades empresariales, las que se deseaba estimular y orientar en provecho del país. El proyecto no prosperó y el programa político y social de la Unidad Popular fue sustituido por otra planificación global de signo diverso tras el golpe militar de 11 de septiembre de 1973²⁶.

25. Véase *infra*, III.

26. GÓNGORA DEL CAMPO, M., *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX* (Santiago, Editorial Universitaria, 2ª ed., 1986), p. 260.

La actual Constitución Política incluye como un derecho fundamental el desarrollo de cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen, el cual se reconoce primariamente a los particulares y subsidiariamente al Estado y sus organismos, cuando una ley de quórum calificado así lo autorice (artículo 19 núm. 21)²⁷. En cualquier caso, y salvo las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, el desarrollo de la actividad elegida se rige tanto para el Estado como para los particulares por las mismas reglas (artículo 19 núm. 21 de la Constitución Política). Sin embargo, el estudio de esta garantía suele estar vinculado más con la economía, considerando la libertad en sí misma respecto de la sola actividad económica o empresarial permitida²⁸. Esto ha supuesto que la discusión en torno su texto discorra sobre la extensión y el alcance del principio de subsidiariedad (artículo 1° III de la Constitución Política), o sobre las críticas del restringido margen que se deja a la actividad empresarial del Estado (artículo 19 núm. 21 de la Constitución Política), sin que se hayan aquilataado completamente sus ulteriores consecuencias jurídicas²⁹. Detrás subyace el problema que ofrece la conexión entre actividad económica y derecho privado, donde no sólo

27. El actual texto fue preparado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile, organismo creado en 1973 por la Junta de Gobierno para redactar la Carta fundamental que sustituiría a la entonces existente, que databa de 1925 y había quedado en suspenso tras el golpe de Estado de septiembre de aquel año. El trabajo de la comisión se vio reflejado en cuatro Actas Constitucionales, que anticipaban el contenido de la futura Constitución Política, y que el gobierno puso en vigor en 1976. Tras varias revisiones del Consejo de Estado y de la propia Junta de Gobierno, el proyecto completo fue sometido a plebiscito nacional el 11 de septiembre de 1980 y aprobado con un 67,04% de los votos. Sancionada a través del DS 1150, de 24 de octubre de 1980, del Ministerio del Interior, la vigencia de la nueva Constitución comenzó el 11 de marzo del año siguiente, y desde entonces ha sido sometida a varias reformas. Entre las más importantes destacan las efectuadas en 1989 (Ley 18.825) y 2005 (Ley 20.050). Su génesis y contenido no han estado, empero, libres de polémica. Véase, entre otros, ATRIA LEMAITRE, F., *La Constitución tramposa* (Santiago, LOM, 2013); FUENTES SAAVEDRA, C., *El fraude* (Santiago, Hueders, 2013); RUIZ-TAGLE VIAL, P./CRISTI, R., *La república en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano* (Santiago, LOM, 2006), y *El constitucionalismo del miedo. Propiedad, bien común y el poder constituyente* (Santiago, LOM, 2014).

28. Véase, por ejemplo, MONTT DUBOURNAIS, L., «Informe en derecho: la libertad económica y su tutela jurisdiccional», *Temas de Derecho* 12 (1998) 1-2, pp. 107-148.

29. Véase, en este sentido, el esfuerzo de VIERA ÁLVAREZ, C., *Libre iniciativa económica y Estado social. Análisis al estatuto de la libertad de empresa en la Constitución chilena* (Santiago, ThomsonReuters/LegalPublishing, 2013), pp. 250-286.

comparece la celebración de un negocio jurídico bajo el cual pueda ser reconocida cierta actividad económica³⁰, sino también, y quizá preferentemente, la propia organización empresarial de esa actividad, aspecto en el cual la atención no es sólo contractualista (como ha pretendido el análisis económico del derecho³¹) y sí institucional³². Respecto a ella, la Constitución Política sólo admite un cierto favor por el emprendimiento privado (también merced a la omisión del principio de totalidad en el artículo 1º), al exigir una ley aprobada por la mayoría absoluta de los senadores y diputados en ejercicio para el desarrollo de una actividad económica por parte del Estado (artículo 19 núm. 21 II), y al proteger la infracción de la garantía mediante una acción popular de rara utilización (Ley 18.971)³³.

Como fuere, la actividad económica privada no sólo persigue fines de lucro, y este elemento no viene exigido como condición indispensable por la Constitución Política³⁴. La mentada garantía se cumple con el desarrollo de una actividad económica, vale decir, de satisfacción de necesidades humanas mediante la administración organizada y razonable de bienes y personas, cualquiera que ésta sea, con tal de que no contravengan ciertos límites mínimos de convivencia (la moral, el orden público o la seguridad nacional)³⁵. Además, ella se complementa con el derecho de asociación reconocido en el artículo 19 núm. 15 de la Constitución Política, que permite a las personas crear entidades que las agrupen para lograr

30. GUZMÁN BRITO, A., *El Derecho privado constitucional de Chile* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001), pp. 254-255.

31. Véase, por todos, HANSMANN, H./KRAAKMAN, R., «The Contractualization of Organizational Law», en GRUNDMANN, S. *et alii* (eds.), *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010* (Berlín, De Gruyter, 2010), pp. 747-764.

32. Véase, como aplicación sectorial, GONDRA ROMERO, J. M.ª, «La teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico-económicos», RDM 278 (2010), pp. 1171-1233.

33. FERNANDOIS VÖHRINGER, A., *Derecho constitucional económico* (Santiago, Ediciones UC, 2ª ed., 2006), I, pp. 121-124, asocia la garantía del artículo 19 núm. 21 de la Constitución Política con el reconocimiento de las formas societarias, tales como las que regula la Ley 18.046 sobre sociedades anónimas y el Código de Comercio. Analiza también los campos donde se pueden realizar dichas actividades económicas revistiendo o no una forma societaria, como ocurre respecto de las concesiones mineras.

34. Véase, respecto del estado actual y las perspectivas de futuro, VIERA, *Libre iniciativa económica*, cit. (n. 29), pp. 351-378.

35. EVANS DE LA CUADRA, E., *Los derechos constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 2004), III, pp. 142-143.

finés lícitos, no necesaria o puramente económicos³⁶, el que viene desarrollado en la Ley 20.500 (artículos 1° a 7°). Esta última garantía no exige la personalidad jurídica como un elemento esencial (en el sentido del artículo 19 núm. 26 de la Constitución Política), porque se admite la existencia de agrupaciones formadas por personas que se unen para la consecución de fines lícitos y sin gozar de tal atributo (artículo 7° de la Ley 20.500), a las que se reconoce igualmente el carácter de centro de imputación normativa, sobre todo con finalidades fiscales (artículo 66 del Código Tributario).

En Chile, y pese a la base constitucional recién referida, el estudio jurídico del emprendimiento económico se ha conducido por cauces centrados casi en forma exclusiva en el ánimo de lucro, y no hay esfuerzos de sistematización de las empresas sociales como categoría dogmática, salvo el libro de Guillermo Vásquez y María Fernanda Juppert sobre el derecho del tercer sector publicado en 2014³⁷. Los trabajos existentes abordan la cuestión desde la ciencia económica³⁸, e incluso con marcos conceptuales más acotados, por ejemplo, referidos a las cooperativas de trabajo y las organizaciones comunitarias funcionales³⁹. Entre estos esfuerzos, especial mención merece el impulso que ha dado a esta materia el filósofo Luis Razeto desde una perspectiva antropológica⁴⁰. Para el

36. Véase, por ejemplo, GUZMÁN, *El Derecho privado constitucional*, cit. (n. 30), p. 239, y EVANS, *Los derechos constitucionales*, cit. (n. 35), II, pp. 349-350; y ahora de manera explícita el artículo 1° II de la Ley 20.500.

37. VÁSQUEZ/JUPPET, *Derecho del tercer sector*, cit. (n. 4).

38. Véase, referencialmente, RADRIGÁN RUBIO, M./BARRÍA KNOPE, C., «Situación y proyecciones de la economía social en Chile», en PÉREZ DE URALDE, J. M.ª (ed.), *La economía social en Iberoamérica. Un acercamiento a su realidad* (Madrid, FUNDIBES, 2006), pp. 93-137, y RADRIGÁN, M./DÁVILA, A. M.ª/PENAGLIA, F., «Gestión y liderazgos en los emprendimientos sociales: el caso del sector no lucrativo chileno», *Polis* 32 (2012), pp. 141-165.

39. GÁTICA, S. *et alii*, «Hacia un marco de políticas públicas para el cuarto sector en Chile», en VV. AA., *Propuestas para Chile. Concurso de políticas públicas/2013* (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013), pp. 271-307.

40. Véase: RAZETO MIGLIARO, L., *Economía popular de solidaridad* (Santiago, Conferencia Episcopal de Chile, 1986); *Las empresas alternativas* (Santiago, PET, 1987); *Los caminos de la economía de solidaridad* (Buenos Aires, Lumen-Humanitas, 1996); *De la economía popular a la economía de solidaridad en un proyecto de desarrollo alternativo* (Santiago, PET, 1998).

derecho, la economía social ha despertado un interés sectorizado, referido a las cooperativas (siempre con un enfoque generalista⁴¹) y a las corporaciones y fundaciones (esta vez en aspectos específicos⁴²), sin que la Ley 20.500, de 16 de febrero de 2011, haya merecido más que un tratamiento tangencial⁴³. Tampoco se han abordado ciertas cuestiones relacionadas, como el comercio justo o la organización institucional del microcrédito, del que existe un antecedente en el Banco

41. Véase: ALCALDE SILVA, J., «Los principios cooperativos en la legislación chilena», *CIRIEC-España. Revista jurídica de economía social y cooperativa* 19 (2009), pp. 201-291; «El marco jurídico cooperativo y sus perspectivas de reforma», en VÁSQUEZ PALMA, M.ª F. (dir.), *Estudios de Derecho comercial* (Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing, 2011), pp. 307-321; «El derecho cooperativo chileno: estado de la cuestión», *Revista Jurídica Atena* 5 (2013) [en prensa]; «Informe sobre el derecho cooperativo chileno», RChDP 21 (2013), pp. 493-524; «Chile», en CRACOGNA, D./FICI, A./HENRÿ, H. (eds.), *International Handbook of Cooperative Law* (Berlín/Heidelberg, Springer, 2014), pp. 317-337; GOMPERTZ PUMARINO, J., «La legislación cooperativa en Chile», en CRACOGNA, D. (ed.), *La legislación cooperativa en los países andinos* (San José de Costa Rica, ACI-Américas, 2009), pp. 35-84; MOLINA PINILLA, G., *Cooperativas, entidades necesarias para el desarrollo del Estado de Derecho* (Santiago, Librotecnia, 2007); PÉREZ AROCA, E./RADRIGÁN RUBIO, M./MARTÍN ARMENGOL, G., *Situación actual del cooperativismo en Chile* (Santiago, Programa interdisciplinario de estudios asociativos Pro-Asocia/Universidad de Chile, 2003); ROMÁN RODRÍGUEZ, J. P., *Cooperativas* (Santiago, LegalPublishing/ThomsonReuters, 2012).

42. Véase: GUZMÁN BRITO, A., «El destino de los bienes pertenecientes a una persona jurídica sin fines de lucro en el evento de su disolución», en ELORRIAGA DE BONIS, F. (ed.), *Estudios de Derecho civil VII* (AbeledoPerrot/LegalPublishing, Santiago, 2012), pp. 223-248; PIZARRO WILSON, C., «La responsabilidad de las personas jurídicas sin fines de lucro», en PIZARRO WILSON, C. (ed.), *Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado*, I (Santiago, Universidad Diego Portales, 2004), pp. 105-125; VARAS BRAUN, J. A., «Personas jurídicas sin fines lucrativos», en MARTINIC, M.ª D./RÍOS, S./TAPIA, M. (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello* (Santiago, LexisNexis, 2005), I, pp. 463-476; «Los fines en las personas jurídicas no lucrativas», en PIZARRO WILSON, C. (ed.), *Estudios de Derecho civil IV* (Santiago, LegalPublishing, 2009), pp. 73-85 = CORRAL TALCIANI, H. et alii (coord.), *Estudios de Derecho civil* (Santiago, LegalPublishing/ThomsonReuters, 2011), I, pp. 225-253; «Anatomía del lucro (para una tipología jurídica)», en TURNER SAEZLER, S./VARAS BRAUN, J. A. (eds.), *Estudios de Derecho civil X* (Santiago, ThomsonReuters, 2014), pp. 463-481.

43. DEL PICÓ RUBIO, J., «Modificación del régimen civil de las personas sin fines de lucro a partir de la vigencia de las Leyes N° 19.638 y N° 20.500», en ELORRIAGA DE BONIS, F. (coord.), *Estudios de Derecho civil VII* (Santiago, AbeledoPerrot/ThomsonReuters, 2012), pp. 17-27.

del Pobre creado en 1869⁴⁴ y ahora en la Fundación Banigualdad, basada en la experiencia de Muhammad Yunus⁴⁵.

Esto no ha impedido que la economía social haya tenido novedades en el campo legislativo durante los últimos años. En 2011 se promulgó la mencionada Ley 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, y desde 2012 se discute en el Congreso Nacional una reforma de cierta profundidad del régimen jurídico de las cooperativas (Boletín núm. 8132-26), que será además la primera sede donde se incluirá una regla sobre integración de los gobiernos corporativos de acuerdo a la equidad de género⁴⁶. Han existido también otras iniciativas relevantes relacionadas con el sector, fuera de aquellas impulsadas por las federaciones y confederaciones ya existentes. Ellas provienen del ámbito académico y de extensión (1), del campo de las políticas públicas (2), del impulso de las propias empresas sociales (3), y de la difusión a través de medios de comunicación (4).

1. Las iniciativas académicas y de extensión

En el plano académico y de extensión, entre estas iniciativas cabe mencionar la creación en 2009 del Centro Internacional de Economía Social y Cooperativa (CIESCOOP)⁴⁷, dependiente la Facultad de Administración y Economía de la Universidad de Santiago de Chile, que además de sus labores de investigación imparte un Diplomado en emprendimiento social y economía solidaria y ha realizado diversos seminarios y congresos. Su antiguo director, el Prof. Mario Radrigán Rubio, con una vasta trayectoria en la materia, fue designado el 11 de marzo de 2014 como Jefe del Departamento de Cooperativas, hoy reorganizado dentro de

44. El Banco del Pobre fue constituido como sociedad anónima merced al DS 230, de 23 de diciembre de 1869, del Ministerio de Hacienda. Ella tenía «*por objeto la fundación i sostén de un monte de piedad i de una caja de ahorros para la clase pobre*» (artículo 4° de sus estatutos), y entre sus operaciones se contaba el microcrédito (artículo 5° núm. 1° de sus estatutos). Posteriormente, la institución fue autorizada para operar también como banco de emisión (DS 227, de 29 de agosto de 1872, del Ministerio de Hacienda), aunque sus actividades se extendieron por poco tiempo: en 1877 cayó en cesación de pagos y al año siguiente cerró definitivamente sus puertas.

45. Véase: <http://www.banigualdad.cl/> [fecha de consulta: 30 de junio de 2014].

46. Sobre la versión aprobada por la Cámara de Diputados: ALCALDE SILVA, J., «Perspectivas de reforma del derecho cooperativo», RChDP 22 (2014), pp. 393-426.

47. Véase: <http://www.ciescoop.usach.cl/> [fecha de consulta: 30 de junio de 2014].

una división mayor del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Algo similar ocurre en la Universidad Alberto Hurtado, donde el Centro de reflexión y acción social (CREAS) ha comenzado a impartir desde 2013 un Diplomado en economía social y comercio justo, que también cuenta con una versión virtual⁴⁸. Otra iniciativa interesante, esta vez proveniente de unos alumnos de Ingeniería civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile, es el Grupo de estudios de autogestión y cooperativismo (GEAC)⁴⁹. Su perseverancia ha conseguido que su universidad ofrezca un curso intitulado «Economía social y participación», impartido por el Prof. Juan Guillermo Espinosa, de FLACSO, y ha permitido la organización de un congreso dedicado a repensar el cooperativismo celebrado el 23 de agosto de 2014. Su esfuerzo ha decantado, además, en Kunlabora, un grupo de profesionales que aúna fuerzas desde la ingeniería, la educación, el derecho y la sociología con el objetivo de dar soluciones integrales a los diversos problemas del sector cooperativo y de las demás organizaciones sociales⁵⁰. Un proyecto similar es la Red de Evolución Colaborativa (RedEC), que funciona como una plataforma de unión para estudiantes universitarios con interés en modos de producción alternativos, sea en educación, tecnología o economía⁵¹. Su objetivo es conseguir que en el país existan las condiciones necesarias para desarrollarse personal y colectivamente. Esto incluye un nuevo orden político, económico y cultural, el cual debe ser suficientemente flexible para permitir un avance progresivo e indefinido. Esta red realiza todos los meses reuniones de autoeducación para organizar encuentros formativos en las universidades, donde se exponen de una manera práctica los proyectos de los propios estudiantes. A su vez, en la Universidad de Chile se ha formado el grupo de Estudios Críticos de Administración (ECA), integrado por profesionales, docentes y estudiantes de esa disciplina que desean promover teorías y prácticas dirigidas a posicionar el bienestar del ser humano y la sociedad como centro de las organizaciones⁵². Entre el 11 y el 13 de agosto de 2014 han celebrado un congreso sobre formas alternativas de administración. De forma parecida, el 6 de diciembre de 2013

48. Véase: <http://creas.uahurtado.cl/> [fecha de consulta: 30 de junio de 2014].

49. Véase: <https://es-la.facebook.com/geacuc> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2014].

50. Véase: <http://www.kunlabora.cl/> [fecha de consulta: 30 de junio de 2014].

51. Véase: <http://www.redec.cl/> [fecha de consulta: 30 de junio de 2014].

52. Véase: <https://www.facebook.com/eca.uchile?fref=ufi> [fecha de consulta: 30 de junio de 2014].

tuvo lugar en la Universidad de Concepción un «Encuentro de integración cooperativa en la economía social y solidaria», destinado a dar visibilidad a las distintas iniciativas de cooperación. Con un enfoque sectorial, la Universidad de La Frontera creó en 2010 el Centro de Innovación y Emprendimiento Mapuche (CIEM-UFRO), que busca promover el desarrollo de este pueblo originario mediante la implementación de estrategias de trabajo asociativo y redes de colaboración, respetando la diversidad sociocultural y ambiental que permite el buen vivir⁵³. Asimismo, la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez comenzó en 2014 un curso de derecho cooperativo dentro de su máster de continuidad, el que estuvo a cargo del Prof. Raúl Novoa Galán, hoy Presidente de la Cooperativa de Ahorro y Crédito del personal de la Universidad de Chile Ltda. (COOPEUCH), apoyado por otros especialistas. Algo parecido, esta vez en la carrera de Ingeniería Comercial, ha ocurrido en la Universidad del Desarrollo. En la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, por su parte, el autor de este trabajo ha comenzado a impartir desde el segundo semestre de 2014 un seminario de investigación sobre el derecho de las empresas sociales, y también está proyectada la realización anual de una charla en el marco de la Escuela Laboral y Ciudadana UC, una iniciativa creada en el seno de dicha Facultad para, entre otros objetivos, entregar formación en aspectos legales a micro y pequeños empresarios y a trabajadores chilenos y extranjeros⁵⁴. En dicha Facultad, el pasado 30 de septiembre de 2014 tuvo lugar un seminario intitulado «Cooperativas: un nuevo impulso de crecimiento para Chile», que contó con la participación de expositores nacionales e internacionales venidos del mundo académico y del sector cooperativo. En fin, existe un grupo de reflexión multidisciplinario denominado «Nueva economía sustentable», cuyo objetivo es la reflexión colectiva y la expresión pública de orientaciones analíticas y disciplinarias diferentes a la ideología neoliberal reinante en el país⁵⁵. Dicho grupo organizó un concurrido congreso los días 5 y 6 de noviembre de 2014.

53. Véase: <http://www.ciem.cl/> [fecha de consulta: 30 de junio de 2014].

54. Véase: <http://www.escuelalaboral.cl/> [fecha de consulta: 30 de junio de 2014].

55. Véase: <http://nuevaeconomiasustentable.blogspot.com.es/> [fecha de consulta: 15 de junio de 2014].

2. Las iniciativas relacionadas con las políticas públicas

La economía social tampoco ha sido ajena a las políticas públicas. Ya el programa presidencial del Presidente Patricio Aylwin se refería al término, como sinónimo de economía informal, a propósito de la promoción de la pequeña empresa productiva⁵⁶. Nada ocurrió, empero, en los años siguientes, pues el proyecto de reforma de la Ley general de cooperativas presentado en 1992 (Boletín núm. 855-03) tardó diez años en su discusión y sólo fue sancionado como consecuencia de la cesación de pagos que afectó a la hoy desaparecida HABITACOO. El interés por la materia sólo volvió a resurgir con el comienzo de esta década. Durante 2012, el Ministerio de Economía convocó una primera mesa técnica de trabajo sobre empresas del cuarto sector, donde se coincidió en la necesidad de dar visibilidad a dos tipos de entidades: las cooperativas de trabajo y las organizaciones comunitarias funcionales. Su trabajo concluyó con la presentación de una propuesta de proyecto de ley que reconoce y regula las empresas del cuarto sector, el que fue presentado al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo y no recibió apoyo político para ser ingresado al Congreso.

Ahora de manera más general y abierta, y en cumplimiento de su programa de gobierno⁵⁷, la Presidenta Michelle Bachelet presentó el 16 de mayo de 2014 una «Agenda de productividad, innovación y crecimiento» para los siguientes cuatro años⁵⁸. En ella se promete el envío de un proyecto de ley que creará un marco jurídico para las empresas sociales, estableciendo sus derechos y obligaciones y otorgándoles la certeza que requieren para operar, incluido su registro formal unificado (medida núm. 42). Dicho proyecto se verá complementado por la creación de un programa de fomento para las iniciativas de innovación social (medida núm. 32). Además, se prevé el fortalecimiento y desarrollo de las cooperativas mediante la puesta en marcha de un programa de capacitación a la gestión empresarial y organizacional para aquellas de reciente formación o en proceso de constitución, y la creación de un consejo consultivo público-privado encargado de guiar y hacer el seguimiento de las políticas de fomento y desarrollo cooperativo (medida núm. 43).

56. CONCERTACIÓN DE PARTIDOS POR LA DEMOCRACIA, *Programa de gobierno* (Santiago, Diario La Época, 1989), p. 30.

57. Aunque ahí sólo con referencia a las cooperativas: BACHELET JERIA, M., *Chile de todos. Programa de gobierno. 2014-2018* (Santiago, ed. electrónica, 2013), pp. 61, 64 y 81.

58. Disponible en: <http://www.agendaproductividad.cl/> [fecha de consulta: 30 de junio de 2014].

Este consejo fue constituido y sesionó por primera vez el 19 de junio de 2014. Está compuesto por las ministras de Desarrollo Social (María Fernanda Villegas) y del Servicio Nacional de la Mujer (Claudia Pascual); el vicepresidente ejecutivo de la Corporación de Fomento de la Producción (Eduardo Bitrán); el gerente general del Servicio de Cooperación Técnica (Bernardo Troncoso); el director nacional del Instituto de Desarrollo Agropecuario (Octavio Sotomayor); el director nacional del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (Julio Salas); y representantes de ocho sectores de empresas cooperativas, de empresas B y de comercio justo. Su objetivo es proponer al gobierno políticas de fomento para la economía social y las cooperativas, y promover los estudios aplicados que sirvan para el diseño de políticas públicas y de programas que favorezcan el desarrollo de este tipo empresarial, así como cualesquiera otras acciones que busquen mejorar el posicionamiento público de los aportes y sus proyecciones relacionados con el sector. El Consejo sesionará al menos en cinco oportunidades durante 2014 y para ello definirá un plan de trabajo cuatrienal, que se traducirá a la vez en programas anuales de acción. Su trabajo estará dividido en cinco mesas temáticas: (i) revisión normativa para identificar los obstáculos legales del sector; (ii) diseño de una política pública nacional sobre economía social; (iii) acceso a servicios financieros; (iv) desarrollo de habilidades y formación corporativa y profesional; e (v) innovación social.

El viernes 11 de julio de 2014 se celebró el día nacional de las cooperativas, establecido merced a la Ley 20.638. En esa ocasión, el mentado consejo hizo entrega a la Presidente de la República de un primer documento de 18 páginas intitulado «Bases para una política pública de desarrollo de la economía social y cooperativa», que servirá de material de trabajo para los próximos meses y para las políticas públicas anunciadas para el sector. La Presidenta Bachelet, por su parte, anunció su deseo de «impulsar un nuevo trato entre el Estado y el movimiento cooperativo nacional», con el propósito de convertir sus preocupaciones y prioridades en una tarea de Estado en la línea mencionada en su programa de gobierno y en la Agenda de productividad⁵⁹.

59. El texto íntegro del discurso presidencial puede ser revisado en <http://www.decoop.cl/Noticias/N2014071102/tabid/448/Default.aspx> [fecha de consulta: 15 de julio de 2014].

3. Las iniciativas relacionadas con el impulso de las propias empresas sociales

En otro plano, en los últimos años se han creado distintas instancias de encuentro. Una de ellas es el Espacio de Economía y Comercio Solidario de Chile (ECOSOL Chile), que desea articular las organizaciones y redes que promueven una economía distinta, inspirada en la solidaridad⁶⁰. Con referencia a una determinada área geográfica, el Colectivo de Economía Social del Sur (ECOSSUR) promueve prácticas de economía solidaria como herramienta de transformación social en la zona meridional del país, mediante la reflexión, el diálogo y la articulación con organizaciones ciudadanas urbanas y rurales⁶¹.

Particularmente activo ha sido el movimiento cooperativo. En 2011 se constituyó el Foro Empresarial Cooperativo, una corporación de derecho privado que agrupa a las doce principales cooperativas del país: (i) la Cooperativa agrícola y lechera de La Unión Ltda. (COLUN); (ii) la Cooperativa agrícola y pisquera Elqui Ltda. (CAPEL); (iii) la Cooperativa de ahorro y crédito del personal de la Universidad de Chile Ltda. (COOPEUCH); (iv) la Constructora nacional de viviendas cooperativas Ltda. (CONAVICOOP); (v) la Cooperativa eléctrica Osorno Ltda. (CREO); (vi) la Cooperativa agrícola y lechera de Santiago Ltda. (CAL); (vii) CONGARANTÍA, Cooperativa de garantía recíproca; (viii) la Cooperativa de ahorro y crédito Talagante Ltda. (COOCRETAL); (ix) la Cooperativa de ahorro y crédito agraria Ltda. (FINAGRA); (x) CHILECOOP, Cooperativa de ahorro y crédito; (xi) la Cooperativa de ahorro y crédito y servicios financieros Ahorrocoop-Diego Portales Ltda. (AHORROCOOP); y (xii) la Cooperativa de Servicios Médicos (SERMECOOP)⁶². Ellas representan aproximadamente a 600.000 socios, aportan más del 1,13% del PIB del país y sus activos alcanzan los 2.900.000.000 USD, además de conformar una fuerza laboral cercana a los 5000 trabajadores. El 18 de noviembre de 2014, este Foro organizó un seminario internacional sobre cooperativas agroalimentarias en la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, el que fue inaugurado por la Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño Katia Trusich.

60. Véase: <http://www.ecosolchile.org/> [fecha de consulta: 30 de junio de 2014].

61. Véase: <http://ecossur.wordpress.com/> [fecha de consulta: 30 de junio de 2014].

62. Véase: <http://forocooperativo.cl/> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2014].

En 2012, por su parte, se formó la Mesa Cooperativa, integrada en una primera etapa por la Federación chilena de cooperativas de ahorro y crédito (FECRECOOP), la Confederación nacional de federaciones de cooperativas y asociaciones silvoagropecuarias chilenas (CAMPOCOOP), las cooperativas de agua potable rural (APR's), la Federación de cooperativas de trabajo y el Instituto chileno de educación cooperativa (ICECOOP). Después se sumaron el ya mencionado Foro Empresarial Cooperativo, la Cooperativa de ahorro y crédito y servicios financieros Ahorrocoop-Diego Portales Ltda. (AHORROCOOP) y la Asociación de cooperativas de ahorro y crédito supervisadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (ACAYC)⁶³. El 14 y 15 de enero de 2013, esta Mesa celebró un encuentro en dependencias del Congreso Nacional, con el propósito de solicitar al gobierno que el Estado asuma una función real de promoción del sector, elimine la asimetría existente respecto de otras formas de organización empresarial y reúna en una sola estructura los organismos públicos que interactúan con el mundo cooperativo⁶⁴.

En proceso de formación se encuentra, en fin, la Coordinadora de entidades de representación cooperativa (CERCOOP), que integran la Asociación de Cooperativas A.G., COOPERA A.G. y el Foro Empresarial Cooperativo.

Poco más de un año después, el 7 de abril de 2014, cuarenta representantes del movimiento cooperativo se reunieron con parlamentarios de distintas bancadas y con el jefe del Departamento de Cooperativas. El objetivo de esta reunión era avanzar en la actualización de los acuerdos establecidos para la pronta aprobación del proyecto de reforma de Ley general de cooperativas presentado en 2012 (Boletín núm. 8132-26). Además, se anunciaron nuevas propuestas para ser presentadas a la Presidenta Michelle Bachelet con miras al desarrollo del sector. Entre ellas destacan: (i) incorporar entre las reformas a la Constitución Política que forman parte de su programa, la mención y el apoyo a la economía solidaria

63. Esta supervisión está reservada a las cooperativas de importancia económica, vale decir, aquellas con un patrimonio pagado igual o superior a 400.000 UF (aproximadamente 17.352.000 USD) (artículos 87 LGC y 4° transitorio LGB). En 2014 están bajo esta fiscalización: (i) COOCRETAL; (ii) COOPEUCH; (iii) AHORROCOOP; (iv) la Cooperativa de ahorro y crédito Unión Aérea Ltda. (CAPUAL); (v) la Cooperativa de ahorro y crédito Oriente Ltda. (ORIENCOOP); (vi) la Cooperativa de ahorro y crédito el Detallista Ltda. (DETACOO); y (vii) la Cooperativa de ahorro y crédito Lautaro Rosas Ltda. Ellas, con exclusión de CAPUAL, formaron en mayo de 2014 COOPERA A.G.

64. Las intervenciones se hallan recogidas en *Cuadernillos Hemiciclo 10* (2013), que edita la Academia Parlamentaria.

representada por las cooperativas como pilar del desarrollo económico y social del país; (ii) superar las condiciones de asimetría que afectan a aquéllas en relación con el sistema bancario, financiero y otros ámbitos; (iii) fortalecer la institucionalidad estatal que se ocupa de las cooperativas, impulsar políticas públicas de fomento para su desarrollo, y propender a la coordinación y articulación de los diversos servicios estatales relacionados con el mundo cooperativo; (iv) facilitar y promover instrumentos de fiscalización y control por parte de la autoridad administrativa para minimizar los costes asociados a sus operaciones, especialmente en aquellas de menor tamaño.

4. Las iniciativas de difusión a través de los medios de comunicación

En el país existe, en fin, *CoopMagazine*, una revista electrónica creada en diciembre de 2012 y dedicada a difundir las actividades del sector⁶⁵, y desde julio de 2014 el periódico digital El factor C, que se define como «el diario de economía comprensiva»⁶⁶. CIESCOOP administra también el Portal chileno de economía social y solidaria⁶⁷.

IV. El punto de partida: el derecho mercantil como derecho privado de la empresa

De lo anterior queda demostrado que la discusión en torno a la economía social es ya una realidad en Chile y se hace necesario contar con una base teórica que permita que ella fructifique. La reconstrucción que aquí se propone parte de una premisa metodológica que busca situar ese debate en el campo del derecho y bajo su concreto instrumental técnico. El objetivo es abordar la economía social desde el concepto de empresa, como categoría dogmática y funcional que articula el derecho mercantil y le proporciona su propia especificidad. Así se evitan interferencias economicistas o ideológicas que desvían la atención hacia campos ajenos.

65. Véase: <http://www.coopmagazine.cl/> [fecha de consulta: 30 de junio de 2014].

66. Véase: <http://www.factor-c.cl/> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2014].

67. Véase: <http://economiasocial.cl/> [fecha de consulta: 27 de noviembre de 2014].

Desde mediados del siglo XX, la doctrina científica ha postulado una reformulación del núcleo dogmático de la disciplina, no ya centrada en un concepto objetivo como el de acto de comercio a partir del cual fue construido el sistema de la codificación, sino en la relevancia de la empresa como agente económico⁶⁸. La formulación original de esta teoría corresponde al Prof. Karl Wieland (1864-1936), de la Universidad de Basilea⁶⁹. El mérito de este autor es haber identificado una referencia conceptual unitaria que explique el contenido histórico y actual del derecho mercantil, a la vez que permita comprenderlo como un sistema normativo orgánico. Tal es la empresa, cuyo ámbito de actividad coincide con el campo de comercio en sentido amplio del que se sirven los códigos del ramo, dado que ella supone el empleo de fuerzas económicas (personales, materiales e inmateriales) con el propósito de obtener una ganancia patrimonial indeterminada. El derecho mercantil se concibe, entonces, como la rama que se ocupa de la actividad económica propia de la empresa y lo que se relaciona con su función de generación de riqueza, desde la organización de los factores productivos bajo un determinado tipo jurídico hasta su puesta a disposición en el mercado, así como todo lo relativo a la financiación de esas actividades en situaciones normales y de crisis⁷⁰. Esta forma de concebir esta disciplina entraña, empero, algunas consecuencias colaterales no del todo sopesadas⁷¹.

La primera de ellas atañe a la propia situación del derecho de asociaciones como subsistema normativo. Hace ya algunas décadas que Fernando Fueyo (1920-

68. En Chile, la Prof. Lorena Carvajal Arenas (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) se adjudicó en la convocatoria 2013 una de las becas FONDECYT de postdoctorado para desarrollar la investigación intitulada «Estudio crítico de la teoría objetiva de los actos mercantiles. Fundamento de una propuesta de introducción de la teoría de la empresa al Código de Comercio». Un primer resultado de su investigación ha sido presentado en las V Jornadas chilenas de derecho comercial bajo el título «De los actos de comercio a la teoría de la empresa: sus posibilidades en la codificación chilena», y será incluido en sus actas.

69. WIELAND, K., *Handelsrecht*, I (Múnich/Leipzig, Dunker & Humblot, 1931 [reimpresión de la edición de 1921]), pp. 3-48 y 126-137.

70. Por todos, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 21ª ed., 2008), pp. 48 y 74. Véase ahora el artículo 001-2 del Anteproyecto de Código Mercantil, así como el comentario de GONDRA ROMERO, J. M.ª, «La deconstrucción del concepto del Derecho mercantil en aras de la unidad de mercado: una primera aproximación a la Propuesta de Código mercantil», RDM 290 (2013), pp. 27-52.

71. Otras consecuencias en SCHMIDT, K., *Derecho comercial* (trad. de Federico E. G. Werner, Buenos Aires, Astrea, 1997), pp. 50-63.

1992) echaba en falta una teoría general de la asociación, que superase el ámbito restringido de las sociedades⁷². Pese al tiempo transcurrido, es todavía una tarea pendiente el emprender una reordenación sistemática del derecho privado que incluya la esfera jurídico-social de la persona (*gesellschaftlicher Rechtskreis*), donde se aborde la perspectiva tanto de la organización (hoy en boga por la disciplina de los gobiernos corporativos) como del estatus de quien en ella participa⁷³. Un rápido diagnóstico del derecho chileno demuestra el carácter fragmentario que tiene actualmente el régimen de las distintas formas asociativas, algunas tratadas en el Código Civil y en el Código de Comercio, y otras en leyes especiales, sin conexión aparente entre sí. De ahí que no sea difícil constatar que el derecho de sociedades viene construido bajo moldes rígidos, que excluyen tipos asociativos que quedan situados extramuros de su campo de regulación tipológica estricta, como ocurre señaladamente con las cooperativas. Algunos esfuerzos de superación de este esquema didáctico⁷⁴ no desvirtúan una tendencia general, que parece ya asentada y consolidada⁷⁵. Paralelamente, el estudio de las corporaciones y fundaciones queda reservado al derecho civil, como parte del análisis general de las personas jurídicas (Título XXXIII del Libro I del Código Civil).

La razón de esta exposición es que el fenómeno se analiza desde las formas jurídicas y no desde la realidad económica, vale decir, se parte del concepto de

72. FUEYO LANERI, F., «Proyecto de Código único de las obligaciones y de los contratos para los países de origen latino (Estudio comparativo del Proyecto franco-italiano de las obligaciones, de 1927, y los Códigos substantivos chilenos), RDJ LXXVII (1980), pp. 61-83. Un primer esfuerzo ya en CÁRDENAS BUSTAMANTE, C., *Teoría de la asociación* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1972).

73. EICHLER, H., «Consideraciones para un futuro sistema de derecho civil», RChD (1978) 1-6, p. 148.

74. Véase: VILLEGAS, C. G., *Tratado de las sociedades* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995), pp. 486-499; LYON PUELMA, A., *Personas jurídicas* (Santiago, Universidad Católica de Chile, 2003); SANDOVAL LÓPEZ, R., *Manual de Derecho comercial*, I-2 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 7ª ed., 2007), pp. 86-95; TORRES ZAGAL, O., *Derecho de sociedades* (Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing, 4ª ed., 2010), pp. 435-439; CONTRERAS STRAUCH, O., *Instituciones de Derecho comercial* (Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing, 3ª ed., 2011), pp. 359-377; VÁSQUEZ PALMA, M.ª F., *Sociedades* (Santiago, LegalPublishing/ThomsonReuters, 2013), pp. 177-215.

75. Véase: VARELA, R., *Derecho comercial* (Santiago, Editorial Universitaria, 1966); OLAVARRÍA ÁVILA, J., *Manual de Derecho comercial* (Barcelona, s. e., 3ª ed., 1970); SOLMINIHAC ITURRA, J., *Compendio de Derecho comercial* (Santiago, Metropolitana, 1996); PUELMA ACCORSI, Á., *Sociedades* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 2001); BAEZA OVALLE, G., *Derecho comercial* (Santiago, LexisNexis, 2003); MORAND VALDIVIESO, L., *Sociedades* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed., 2008); GUERRERO VALENZUELA, R./ZEGERS RUIZ-TAGLE, M., *Derecho de sociedades* (Santiago, Ediciones UC, 2014).

sociedad que proporcionan los tipos normativos civiles o mercantiles existentes y se deja de lado la idea de empresa, concepto éste que sólo retoma y delinea el derecho laboral con una finalidad de protección del trabajador⁷⁶. Si el punto de vista se invierte, y se parte ahora desde los hechos, la empresa tiene una evidente prioridad ontológica (y aun sociológica) sobre la forma jurídica que puede revestir. Ella es una institución social espontánea que surge de la carencia del ser humano para procurarse por sí mismo y de forma independiente aquello que necesita para su subsistencia⁷⁷, en especial cuando sus necesidades adquieren un mayor grado de sofisticación como consecuencia del progreso⁷⁸. De donde se sigue que la empresa esté constituida con el fin de satisfacer determinadas necesidades humanas mediante la producción o provisión de los bienes ordenados a ello, y que su finalidad sea de naturaleza económica: poner en disposición de ser usados aquellas cosas y servicios que el hombre requiere. Esto no implica que la empresa pueda perseguir también un fin crematístico subordinado, como es que sus miembros busquen una ganancia con la cual sustentar su vida. De hecho, la mayor o menor preponderancia de este fin incidirá en la organización jurídica de la empresa, especialmente en lo que atañe a sus específicos conflictos de interés⁷⁹.

En una empresa participan todas las personas que contribuyen con lo suyo (capital o trabajo) a la tarea común de un modo estable y permanente⁸⁰. Pero

76. Véase, por ejemplo, LÓPEZ FERNÁNDEZ, D., *La empresa como unidad económica* (Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing, 2010), y UGARTE CATALDO, J. L., «El concepto legal de empresa y el derecho laboral: cómo salir del laberinto», RChDP 20 (2013), pp. 185-213. La Ley 20.760 modificó el Código del Trabajo para ampliar el concepto de empresa ahí recogido. Fundamentalmente, el nuevo texto del artículo 3° precisa que la dirección bajo la cual se encuentran ordenados los medios personales y de producción es la del empleador, y establece que dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, cuando tengan una dirección laboral común, y concurren a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común. Corresponde al juez del trabajo determinar, para los efectos antedichos, si dos o más empresas son, en realidad, un solo empleador.

77. HAURIU, M., *Principios de Derecho público y constitucional* (trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Reus, 2ª ed., s. d. [pero 1927]), pp. 517-524.

78. Basta pensar, por ejemplo, en el sector terciario de la economía, del que incluso se ha escindido un nuevo sector basado en la generación y transferencia de conocimiento.

79. Véase, aunque en un ámbito acotado, ALCALDE RODRÍGUEZ, E., *La sociedad anónima. Autonomía privada, interés social y conflictos de interés* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).

80. Ya así PUELMA ACCORSI, Á. «La legislación en materia de Derecho comercial analizada por la aplicación que ella tiene en la realidad nacional y las necesidades actuales», RDJ LXVI (1969), pp. 88-89.

muchas veces se olvida que ella se caracteriza por la capacidad de servir al bien común de la sociedad civil mediante su cometido propio, que es la producción de bienes o servicios útiles a través de la administración ordenada de los factores productivos y el trabajo. Si esto es así, el concepto de sociedad entendida como «*un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provenga*» (artículo 2053 del Código Civil) no agota el espectro de lo que sea la empresa, porque en él prima la idea de lucro repartible como elemento diferenciador (artículo 2055 del Código Civil) y la actividad económica que ésta realiza puede tener también finalidades distintas, tanto de satisfacción de intereses particulares como generales, como demuestra la aparición de emprendedores sociales⁸¹. Esto explica la partición que hace el artículo 547 del Código Civil respecto de las personas jurídicas de derecho privado, donde se distingue entre aquellas sin fines de lucro y las sociedades industriales, dejando de lado otras sujetas a un régimen propio (el Estado y sus organismos, y las iglesias).

El régimen de las sociedades está dividido entre el Código Civil, el Código de Comercio y ciertas leyes especiales, donde el criterio de diferenciación es su carácter civil o mercantil según la clase de negocios para los que ella se forma (artículo 2059 del Código Civil)⁸², aunque se admite que los socios puedan estipular que la sociedad no mercantil por naturaleza se sujete a las reglas de estas últimas (artículo 2060 del Código Civil). Esta partición ha sufrido algunas adecuaciones producto de la legislación descodificadora iniciada hacia fines del siglo XX, que altera materialmente el criterio de separación al introducir determinados tipos sociales que tienen una sola naturaleza. Ahora ya no sólo se atiende al objeto social, sino que hay determinadas sociedades que son mercantiles en razón de su forma (*Formkaufmann*), de suerte que dicho carácter (sin importar el objeto definido en los estatutos ni la actividad efectivamente desarrollada) se comunica al completo actuar de la sociedad en el mercado, quedando siempre sujeta a la legis-

81. Véase PRIEDE, T./LÓPEZ-CÓZAR, C./RODRÍGUEZ, Á., «Análisis del marco económico-jurídico específico para los emprendedores sociales. Un estudio comparado entre diversos países», *CIRIEC-España. Revista de economía pública, social y cooperativa* 80 (2014), pp. 5-28.

82. El Mensaje del Código de Comercio presenta la disciplina de las sociedades como una particularización de su régimen civil (§§ 41-47), lo que explica que en él no se dé un concepto de tal (a diferencia de lo que ocurre en el Código de Comercio español) y sólo exista una enumeración de sus diversas formas (artículo 348).

lación mercantil y sus actos a dicho régimen⁸³. Hoy son mercantiles por su tipo la sociedad anónima (artículos 2064 del Código Civil y 1° de la Ley 18.046), la empresa individual de responsabilidad limitada (artículo 2° de la Ley 19.857) y la sociedad por acciones (artículo 425 núm. 2 del Código de Comercio). El hecho de que una determinada forma de empresa sea mercantil merced a su tipo tiene consecuencias en lo que atañe a la delimitación de su objeto o al modo en que éste se realizará, porque cabe la posibilidad de que se constituyan sociedades sin ánimo de lucro⁸⁴, que no por ello dejarán de ser tales en la medida que el beneficio recibido por los socios pueda apreciarse en dinero (artículo 2055 III del Código Civil)⁸⁵. El caso español es quizá el más evidente, dado que el Anteproyecto de Código Mercantil (2013) califica como mercantiles en razón de su forma todos los tipos societarios reconocidos, incluidas las cooperativas, las mutuas de seguros y las sociedades de garantía recíproca (artículo 211-1).

En Chile, el panorama se ha vuelto todavía más complejo con la reforma que la Ley 20.500 introdujo al Título XXXIII del Libro I del Código Civil, puesto que el nuevo artículo 557-2 permite que las corporaciones (llamadas ahora también asociaciones) y fundaciones de beneficencia pública realicen actividades económicas que se relacionan con sus fines, y que inviertan sus recursos de la manera que decidan sus órganos de administración, con la sola limitación de que las rentas que perciban se destinen a los fines de la asociación o fundación o incrementen su patrimonio. Se abre paso de esta manera a una nueva vertiente empresarial sin reparto de utilidades⁸⁶, que exige repensar la línea divisoria entre el derecho civil y el derecho mercantil en clave de recíproca integración⁸⁷.

83. Véase ACUÑA SAN MARTÍN, M., «Significación de la atribución de mercantilidad a las sociedades anónimas: un comentario jurisprudencial», *Ius et Praxis* 15/1 (2009), pp. 419-432, y CABALLERO GERMAIN, G., «Declaración de quiebra de un deudor calificado», RChDP 21 (2013), pp. 447-457.

84. VARGAS VASSEROT, C., *La actividad cooperativizada y las relaciones de las cooperativas con sus socios y con terceros* (Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2006), p. 47.

85. El fenómeno es más amplio y ha ocupado al derecho civil. Véase, por ejemplo, MARTÍN PÉREZ, A., «La despatrimonialización del Derecho civil y la patrimonialidad de la prestación», RDP 70 (1986), pp. 603-616.

86. Véase, con referencia a un aspecto de esta forma de emprendimiento, EMBID IRUJO, J. M., «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresarial)», *Anuario de Derecho de Fundaciones* 2010, pp. 15-68.

87. DELLE MONACHE, S., «"Commercializzazione" del diritto civile (e viceversa)», Riv.dir.civ. LVIII (2012) 4, pp. 489-507.

En segundo lugar, es casi un lugar común sostener que el derecho mercantil se basa en la búsqueda de una ganancia, de suerte que su campo normativo se agota en los negocios onerosos⁸⁸. Sin embargo, no siempre la gratuidad es una idea que repele a esta parcela, porque ella puede ser parte de una política de enriquecimiento donde el interés real se consume de inmediato o queda diferido, tanto en la relación interna de la empresa como respecto de terceros⁸⁹. Por eso, la Comisión Europea define las empresas sociales como aquellas «*para las cuales el objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial, que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social*» (COM [2011] 682). Si esto es así, cualquier empresa queda incluida en el ámbito mercantil en la medida que realiza una actividad económica, que es aquella que a éste interesa como materia social de regulación, sin perjuicio de las particularidades que exija la disciplina particular de cada una de ellas (por ejemplo, en cuanto a su régimen tributario). Esto aboca a reformular el concepto de derecho mercantil, aunque sea con una finalidad instrumental, para concebirlo como aquella parte del derecho privado que se ocupa de la empresa y su función en el tráfico económico⁹⁰, y aun la propia forma de concebir el derecho, mirado ahora como un conjunto de servicios socialmente exigibles y no de meras reglas abstractas de comportamiento⁹¹.

La personalidad jurídica tampoco es, por su parte, un elemento relevante para conceptualizar la empresa desde un punto de vista dogmático. De hecho, el Código de Comercio define la figura del comerciante con referencia a las personas naturales que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual (artículo 7°), e incluye por analogía la asociación o cuentas en participación dentro del título dedicado a la sociedad mercantil, que carece de personalidad jurídica (artículos 348 II, 507 y 509)⁹². Lo mismo cabe decir respecto de

88. Por todos, con referencia al derecho chileno, SANDOVAL LÓPEZ, R., *Manual de Derecho comercial*, I-1 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 5ª ed., 1999), p. 21.

89. LECOURT, B., «La gratuité et le droit des affaires», RTDcom 3 (2012), pp. 455-474.

90. Véase, en este sentido, EMBID IRUJO, J. M., «Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)», *Revista Valenciana de Economía y Hacienda* 7 (2003), pp. 79-100.

91. D'ORS PÉREZ-PEIX, A., *Nueva introducción al estudio del Derecho* (Madrid, Civitas, 1999), pp. 28, 50 y 85.

92. El Mensaje que precede al código denomina a esta figura «sociedad accidental» (§ 42).

la sociedad de hecho (artículos 2057 del Código Civil, 356 y 428 del Código de Comercio, y 6° A de la Ley 18.046). Por el contrario, existen modelos empresariales unipersonales a los que la ley sí reconoce que forman una persona distinta, como la empresa individual de responsabilidad limitada (artículos 1° y 2° de la Ley 19.857) y la sociedad por acciones (artículo 424 del Código de Comercio), por una finalidad de separación de patrimonios⁹³.

De lo anterior se sigue que el propósito de buscar una ganancia repartible entre los partícipes no es esencial al concepto de empresa, y tampoco el reconocimiento de una personalidad jurídica independiente, porque aquella puede existir también cuando los factores productivos y el trabajo se ordenan para satisfacer un interés general o personal no lucrativo a través de su participación como agente económico. Esto supone que el derecho mercantil queda delimitado materialmente por un concepto instrumental de empresa (Leyes 20.416 y 20.720); pero ya no sólo como particular modalidad de acto de comercio (artículo 3° núm. 5° a 9° y 20 del Código de Comercio), sino con referencia a los distintos aspectos que supone la producción de bienes y la prestación de servicios. La dimensión eminentemente económica bajo la que interesa la empresa para esta parcela no excluye, empero, la función social que ella desempeña, y que se concreta en la creación de oportunidades de encuentro, de colaboración y de valoración de las capacidades de las personas implicadas, sirviendo a los más diversos fines, incluso aquellos que persiguen un cambio social y ambiental positivo. Esto explica que, pese a su limitado campo de aplicación (la legislación laboral y de seguridad social), el artículo 3° III del Código del Trabajo defina la empresa como *«toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada»*. Es ostensible que en dicho concepto ni el ánimo de lucro ni la personalidad jurídica (como demuestra el artículo 66 del Código del Trabajo, o las citadas Leyes 20.416 y 20.720) son elementos determinantes, y que el énfasis se centra en el carácter de cuerpo intermedio de naturaleza gremial que ella reviste, con amplitud de fines posibles (algunos ni siquiera puramente económicos) dentro de su acción comercial.

93. Véase, al respecto, JEQUIER LEHUEDÉ, E., «Unipersonalidad y sociedad con un solo socio; alcances de su reconocimiento en la estructura dogmática del derecho chileno», *Ius et Praxis* 17/2 (2011), pp. 189-230.

El redescubrimiento de este aspecto de la empresa ha penetrado en el derecho mercantil de varias formas, donde quizá la más consolidada sea el concepto de responsabilidad social corporativa o empresarial⁹⁴, ámbito para el cual el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo prevé la existencia de un consejo consultivo llamado de responsabilidad social para el desarrollo sostenible⁹⁵. Con posterioridad, el avance de esta dimensión social en la empresa ha sido creciente y se ha manifestado de diversas formas, desde aspectos más estructurales o tipológicos (por ejemplo, la figura de las empresas de interés comunitario introducidas en el Reino Unido en 2005, u otros más difusos, como la función semipública de la gran empresa o la visión institucional del interés de la sociedad mercantil) hasta aquellos relativos a la inversión o la forma de hacer negocios⁹⁶. Aunque con distintos matices, esta última dimensión alcanza su máxima concreción en la ordenación de todo un sector de la economía que, por su finalidad, recibe el nombre de «social» o «solidaria» (términos que a veces comparecen incluso copulativamente), cuya incardinación al derecho mercantil no ha sido suficientemente sopesada, y menos en Chile⁹⁷.

Hace falta, en suma, construir un sistema normativo en torno a la economía social, que conciba ésta como una disciplina particular dentro del derecho

94. Véase, como antecedente sociológico, BERGER, B., «La cultura del empresariado moderno», *Estudios Públicos* 47 (1992), pp. 45-68.

95. Véase: <http://consejors.economia.cl/> [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2014].

96. Véase, con un enfoque económico, DEES, G., *The Meaning of Social Entrepreneurship* (Duke University, Working Paper, 1998 [revisado en 2001]); PHILLS, J./DEIGLMEIR, K./MILLER, D., «Rediscovering Social Innovation», *Stanford Social Innovation Review* 6 (2008) 4, pp. 34-43; PORTER, M./KRAMER, M., «Creating Shared Value», *Harvard Business Review* 89 (2011) 1-2, pp. 62-77.

97. El derecho privado conoce esta influencia desde fines del siglo XIX, cuando comienza el desarrollo de la doctrina conocida como «solidarismo contractual» (término acuñado por el sociólogo Émile Durkheim). Ella surge como un cuestionamiento a los principios del liberalismo clásico y una forma de oposición a los abusos de la autonomía de la voluntad. Su objetivo es restablecer un cierto equilibrio en los contratos merced a una comprensión diferente de la institución, según la cual las partes deben tener en cuenta el interés del otro, para conciliar los imperativos de estabilidad y seguridad jurídica con principios como la solidaridad, la colaboración, la lealtad, la coherencia, etcétera. Véase, como referencia, BERNAL-FANDINO, M., «El solidarismo contractual —especial referencia al Derecho francés—», *Universitas* 114 (2007), pp. 115-130; MANTILLA ESPINOSA, F., «El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia», *RChDP* 16 (2011), pp. 187-241; PICO ZÚÑIGA, F. A./ROJAS QUIÑONES, S. A., *Solidarismo Contractual. El deber de cooperación y su repercusión en la responsabilidad civil* (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2013).

mercantil en razón de sus elementos esenciales⁹⁸. Esto exige detectar: (i) la existencia de ciertas empresas que operan con una lógica económica distinta de la habitual, como un hecho jurídico orgánico y funcional, caracterizado por la observancia de determinados principios y valores propios; (ii) el desarrollo de una actividad económica socializada (extendiendo así el concepto de actividad cooperativizada, y que el derecho latinoamericano denomina «acto cooperativo»), como origen de unas específicas relaciones jurídicas; y (iii) las personas que integran dichas empresas, como sujetos de esas relaciones⁹⁹.

V. La economía social y su tipología empresarial

La economía social no constituye una tipología cerrada de forma de empresa, sino una categoría amplia donde comparecen una serie de entidades que participan de sus rasgos característicos. Aunque con distinta intensidad, en Chile cabe considerar incluidas ahí a las siguientes entidades: las mutuales (1); las cooperativas (2); las corporaciones y fundaciones (3); las asociaciones gremiales (4); las organizaciones comunitarias (5); los sindicatos y las asociaciones de funcionarios (6); las organizaciones indígenas (7); las empresas B (8); y residualmente otras agrupaciones (9)¹⁰⁰.

1. Las mutuales

A partir de 1840 y a lo largo de todo el país, comenzaron a organizarse agrupaciones de trabajadores destinadas a brindar protección ante accidentes, enfermedades o muerte de sus afiliados, de modo similar a lo ocurrido en el Reino Unido con las *friendly societies* desde fines del siglo XVIII y, en cierta medida,

98. Véase, sobre la ordenación sistemática de la disciplina, GONDRA ROMERO, J. M.^a, *Derecho mercantil I. Introducción* (Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1992), pp. 117-123.

99. VERGARA BLANCO, A., *El Derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como «Derecho común»* (Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing, 2010), pp. 2-10, propone estos elementos de análisis para reconstruir el núcleo dogmático de su disciplina.

100. RADRIGÁN/BARRÍA, «Situación y proyecciones» cit. (n. 38), p. 98.

con las cajas de comunidad del derecho indiano¹⁰¹. De forma solidaria, estas organizaciones reunían sumas de dinero (a partir de la cotización directa de sus miembros, por lo general agrupados según un criterio gremial o local) que les permitía cubrir los gastos de enfermedad, invalidez o fallecimiento de sus cotizantes. Pese a su larga y sinuosa existencia, marcada por la reserva del comercio de seguros efectuada por el DFL 251/1931, son la forma de empresa social menos estudiada más allá de los aspectos historiográficos¹⁰².

En la actualidad existen en Chile tres grandes tipos de mutuales: las asociaciones mutuales (a), las mutualidades de empleadores (b) y las mutuales de seguros (c).

Las asociaciones mutuales, antes llamadas sociedades de socorros mutuos, están constituidas bajo la forma jurídica de una corporación de acuerdo al estatuto tipo aprobado por el Ministerio de Justicia mediante la Resolución exenta 1616, de 16 de mayo de 2012. En el país existen cerca de 550 de estas entidades, que agrupan a un total aproximado de 350.000 asociados, y corresponden al sector más heterogéneo y con potencial en el contexto de la seguridad social¹⁰³. Como estructura superior existe la Confederación Mutualista de Chile creada por la Ley 15.117.

La segunda modalidad corresponde a las mutuales de empleadores a las cuales se permite la administración de las acciones de prevención de riesgos y de los servicios y tratamiento relacionados con el seguro obligatorio de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (artículos 11 y 12 de Ley 16.744). Su estatuto orgánico está contenido en el DS 285, de 26 de febrero de 1969, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Hoy existen tres de estas mutualidades: el Instituto de Seguridad del Trabajo (IST), la Asociación Chilena de Seguridad (ACHS) y la Mutual de Seguridad de la Cámara Chilena de la Construcción (MSCCHC); las dos primeras creadas en 1957 y la tercera en 1963. Ellas están agrupadas en la Asociación de Mutuales.

La tercera clase de mutuales es aquella referida al ámbito de los seguros, que desde el DL 251/1931 quedó reservado exclusivamente a las sociedades anónimas constituidas con ese giro (artículos 4° y 5°). En la actualidad hay tres mutuales de

101. EYZAGUIRRE GUTIÉRREZ, J., *Historia del derecho* (Santiago, Editorial Universitaria, 6ª ed., 1983), p. 189.

102. RADRIGÁN/BARRÍA, «Situación y proyecciones» cit. (n. 38), p. 109.

103. RADRIGÁN/BARRÍA, «Situación y proyecciones» cit. (n. 38), pp. 114-115.

esta clase: la Mutualidad de Carabineros, la Mutual de Seguros de Chile (que concentra su actividad en la Armada) y la Mutualidad del Ejército y la Aviación. Ellas incorporan al personal de las fuerzas armadas en activo y en retiro y sus respectivos familiares, con un universo de más de 500.000 personas¹⁰⁴.

2. Las cooperativas

El DFL 5/2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, define las cooperativas como «*asociaciones que de conformidad con el principio de la ayuda mutua tienen por objeto mejorar las condiciones de vida de sus socios*» (artículo 1º). Ellas son el tipo de empresa de economía social con mayor grado de desarrollo y con una disciplina más orgánica, al punto que desde ahí se han generalizado los valores y principios que caracterizan al tercer sector (hoy recogidos en la *Declaración de identidad cooperativa* de 1995). Según los datos oficiales, existen en el país 4937 de estas entidades, las que cuentan con 1.920.044 socios. De ellas, 1324 se encuentran vigentes y operativas, con 1.697.972 socios. En términos financieros, estas empresas presentan un consolidado de activos que alcanza los 4.703.000.000 USD, con un patrimonio de 2.040.000.000 USD, unos ingresos operacionales de 1.186.000.000 USD cada año y unas utilidades en igual período ascendentes a 115.000.000 USD¹⁰⁵. Esto explica la importancia que le atribuyen la OIT (Recomendación núm. 193, de 3 de junio de 2002) y la ONU (Resolución núm. 56/114, de 18 de enero de 2002) como parte de los planes de promoción de una economía más centrada en el desarrollo humano y el crecimiento equitativo, y la existencia de textos de régimen unificado¹⁰⁶ o que, al menos, que propenden hacia la armonización legislativa interna¹⁰⁷. Su arraigo

104. RADRIGÁN/BARRÍA, «Situación y proyecciones» cit. (n. 38), p. 115.

105. Fuente: <http://www.decoop.cl/> [fecha de consulta: 31 de diciembre de 2013].

106. Por ejemplo, el Estatuto de la cooperativa europea, el Estatuto de las cooperativas del MERCOSUR, y el Texto uniforme relativo al derecho de sociedades cooperativas aprobado por la OHADA.

107. Por ejemplo, los Principios europeos de derecho cooperativo (PECOL) que elabora el Grupo de estudios de derecho cooperativo europeo (SGECOL) bajo los auspicios del European Research Institute on Cooperative and Social Enterprises (EURICSE); la Ley marco para cooperativas de América Latina; la Ley y el Reglamento modelo para las cooperativas de ahorro y crédito preparado por el Consejo Mundial de estas entidades (WOCCU); o el «ABC para una Ley de cooperativas» propuesto por HENRÿ, H., *Guidelines for Cooperative Legislation* (Ginebra, OIT, 3ª ed., 2013), pp. 63-102.

justifica también que la Ley 20.638, de 29 de noviembre de 2012, haya fijado el primer sábado del mes de julio de cada año como el día nacional de las cooperativas.

El régimen jurídico de las cooperativas se halla conformado por la Ley general del ramo (DFL 5/2004), su reglamento (DS 101, de 25 de enero de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción) y las normas emanadas de la autoridad administrativa competente, especialmente el Departamento de Cooperativas dependiente de la Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo¹⁰⁸. La actual Constitución Política no hace mención a ellas, a diferencia de lo que ocurría en la anterior tras la reforma de la Ley 17.398, de 9 de enero de 1971. Ahí se aludía a las cooperativas como una de las formas de organización social a través de las cuales el pueblo participa en la solución de sus problemas y colabora en la gestión de los servicios del Estado y de las municipalidades (artículo 10 núm. 17)¹⁰⁹. El texto formaba parte del derecho de toda persona a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica del país, y señalaba que dichas entidades gozaban de personalidad jurídica dotada de independencia y libertad para el desempeño de sus funciones propias y para la generación democrática de sus organismos directivos y representantes, a través del voto libre y secreto de todos sus miembros.

Uno de los puntos más discutidos en torno a las cooperativas, en especial después de la reforma de la Ley 19.832, es la presencia o ausencia en ellas de ánimo de lucro¹¹⁰. La cuestión no es meramente teórica, porque comporta consecuencias prácticas no menores, como se demostró con el cambio de criterio del Servicio de Impuestos Internos en torno a los excedentes distribuidos por las cooperativas, incluidos aquellos capitalizados a través de la emisión liberada de cuotas de participación, que pasaron a ser considerados afectos al impuesto a la

108. Particular interés reviste entre estas últimas la Resolución exenta núm. 1321, de 11 de junio de 2013, que dicta normas de carácter societario, administrativo, financiero y contable para el sector cooperativo.

109. El artículo 10 núm. 17 II aludía también a las juntas de vecinos, centros de madres, sindicatos y demás organizaciones que colaboran en la gestión de los servicios del Estado y de las municipalidades.

110. Véase, en uno y otro sentido, ROMÁN RODRÍGUEZ, *Cooperativas*, cit. (n. 41), pp. 246-263, y VÁSQUEZ/JUPPET, *Derecho del tercer sector*, cit. (n. 4), pp. 140-142.

renta (Oficio núm. 1397, de 7 de junio de 2011)¹¹¹. La gravedad de este cambio dio origen a un acuerdo del Senado para solicitar al Presidente de la República que efectuase una indicación al proyecto de reforma de la Ley general de cooperativas (Boletín núm. 8132-26), donde se estableciese con claridad la exención del impuesto a la renta respecto de las operaciones entre las cooperativas y sus socios (Boletín núm. S1609-12). El «Protocolo de acuerdo por una reforma tributaria para un Chile más inclusivo», consensuado por el gobierno y la oposición y suscrito el 8 de julio de 2014, recogió estas sugerencias. De esta manera, quedó constancia de la voluntad común de que la ley definiese el concepto de operaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros, para dar certeza jurídica en la materia y evitar futuros cambios de interpretación por parte del Servicio de Impuestos Internos, y así viene recogido en el nuevo artículo 17 núm. 11 DL 824/1974. Paralelamente, las cooperativas han sido incorporadas de forma expresa como entidades oferentes de instrumentos elegibles para los efectos del incentivo al ahorro de parte de las personas señaladas en el nuevo artículo 54 bis de la Ley de impuesto a la renta.

El hecho de que las cooperativas no sean formalmente entidades sin fines de lucro no supone correlativamente equipararlas en iguales términos con las sociedades industriales que menciona el artículo 547 del Código Civil¹¹². Primero, porque en ellas los socios pueden establecer tres tipos de relaciones (estrictamente societaria, mutualista y externa), una de las cuales al menos es ajena al concepto tradicional de sociedad. Segundo, porque la causa negocial (artículo 1467 del Código Civil) es distinta en uno y otro caso: mientras en las cooperativas el reparto de la ganancia producida por el giro no es buscada directamente, aun cuando no sea excluida (artículo 38 de la Ley general de cooperativas), en las sociedades industriales ella comporta en principio el motivo determinante por el

111. La jurisprudencia ha fallado igualmente en contra del criterio del mentado oficio. Véase, entre otras, SSCS de 26 de junio de 2014 (rol núm. 5669-2013), 30 de junio de 2014 (rol núm. 322-2013) y 20 de agosto de 2014 (rol núm. 12.039-2013).

112. Las fuentes del artículo 547 (entonces 645) vienen indicadas por Andrés Bello en una nota añadida al Proyecto de 1853: «Véase Pot., Des Personnes, tit. 7, des Communautés; Sav., Droit Romain, §§ 87 hasta 100». El término «sociedad industrial» no es utilizado por Pothier en la obra citada, pero sí por SAVIGNY, F. C., *Traité de Droit romain* (trad. de Ch. Guenoux, París, Firmin Didot Frères, 1855), II, § 88, p. 249. Ahí menciona las asociaciones voluntarias, donde incluye «las empresas industriales hechas en común y bajo la forma de personas jurídicas» («des entreprises industrielles faites en commun et sous la forme de personnes juridiques»), las cuales son llamadas habitualmente sociedades («On les appelle ordinairement societates»).

que se contrata (artículo 2055 del Código Civil)¹¹³. Esto explica, por ejemplo, que la cooperación en el Reino Unido se organice a partir del marco legal básico y no exclusivo que proporciona la *Industrial and Provident Societies Act*, de 30 de junio de 1852, o que en Francia la Ley 47/1775, de 10 de septiembre de 1947, ahora subsumida en la Ley 2014/856, de 31 de julio, previese un estatuto de la cooperación al que se podían acoger las sociedades civiles o mercantiles que persiguiesen la satisfacción de las necesidades de sus socios por medio de la ayuda mutua. En ese sentido, hay fin de lucro cuando se busca la utilidad pecuniaria directa de los miembros de la persona jurídica (artículo 2055 II y III del Código Civil)¹¹⁴; y no existe tal cuando los beneficios obtenidos son de orden colectivo, sean de carácter intelectual, moral o puramente material (artículo 545 del Código Civil), o bien cuando se apunta hacia la sostenibilidad o el cambio social y ambiental positivo¹¹⁵. Cabe concluir, entonces, que la especificidad de las cooperativas no estriba en la obtención del beneficio económico en sí (como ocurre en las sociedades, especialmente en las capitalistas), ni siquiera respecto del pago del interés al capital, sino en la forma de reparto, que se puede hacer de un forma bastante diversificada y con un saldo cero después de cada ejercicio¹¹⁶. De ello y de los costes sociales internalizados se sigue que sea justificado establecer un régimen de medidas compensatorias a su favor¹¹⁷, como ocurre respecto de la tributación¹¹⁸.

113. Al respecto, FONT GALÁN, J. I./PINO ABAD, M., «La relevante causa negocial de la sociedad. Una lectura (sólo) jurídica del concepto legal de sociedad», RDM 239 (2001), pp. 43-76.

114. VODANOVIC HAKLICKA, A., *Derecho civil. Parte preliminar y parte general* (Santiago, Ediar-Conosur, 5ª ed., 1991), I, p. 529.

115. Tal fue la postura que sostuvieron en su día CORREA FUENZALIDA, G., «Procede otorgar personalidad jurídica a las asociaciones destinadas a proporcionar a los asociados beneficios económicos indirectos de carácter colectivo», RDJ XXXIX (1942), pp. 124-136, y BALMACEDA LAZCANO, C., *El estatuto de las personas jurídicas* (tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, Santiago, Universidad de Chile, 1943), pp. 147-151, respecto de la Asociación de citricultores «Citrus», en contra del parecer del CONSEJO DE DEFENSA FISCAL, «No procede otorgar personalidad jurídica a las asociaciones que persiguen beneficios económicos indirectos de carácter colectivo», RDJ XXXIX (1942), pp. 117-123.

116. VARGAS, *La actividad cooperativizada*, cit. (n. 84), p. 53.

117. Véase CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen «Distintos tipos de empresa», INT/447-CESE 1454/2009, de 1 de octubre de 2009.

118. Véase, con respecto a la reciente jurisprudencia europea, FAJARDO GARCÍA, G., «La especificidad de las sociedades cooperativas frente a las sociedades mercantiles y la legitimidad de su particular régimen jurídico y fiscal según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», RDM 288 (2013), pp. 189-222.

Respecto a la anunciada reforma de la Ley general de cooperativas, y fuera de lo ya mencionado respecto de las iniciativas en materia de economía social, cabe añadir el documento entregado por el Foro Empresarial Cooperativo el 21 de enero de 2014 al equipo programático de la Presidenta Michelle Bachelet, así como a parlamentarios, jefes de partidos políticos y miembros de otras asociaciones cooperativas¹¹⁹. Dicho texto contiene once propuestas para fortalecer y fomentar el modelo de gestión cooperativa en el país, las que consisten en: (i) promover una reforma constitucional que favorezca la integración de entidades cooperativas y mutuales y prohíba las discriminaciones en contra de las sociedades solidarias¹²⁰; (ii) modificar todas aquellas leyes sectoriales en las cuales se privilegian las sociedades anónimas (como ocurre en materia de bancos, compañía de seguros y administradores de fondos de pensiones) y se impide que las cooperativas puedan ejercer las operaciones que ellas realizan; (iii) modificar las leyes para establecer que todas las cooperativas de ahorro y crédito que tengan un capital y reservas iguales a las exigidas a los bancos, pueden ejecutar todas y cada una de las operaciones que éstos desarrollan (mencionadas en el artículo 69 de la Ley General de Bancos), y estudiar la posibilidad de incorporar los bancos cooperativos en la legislación chilena; (iv) promover y desarrollar el abastecimiento de servicios sanitarios mediante cooperativas de agua potable, particularmente las existentes, y evitar la integración vertical de las actividades sanitarias con el desarrollo inmobiliario¹²¹; (v) promover e incentivar las asociaciones de agricultores y campesinos, a través de cooperativas con apoyo crediticio; (vi) promover e institucionalizar las cooperativas abiertas y cerradas de vivienda para el desarrollo de los programas habitacionales de vivienda social integrados; (vii) modificar el DS 233, de 22 de diciembre de 2003, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, mediante el cual se exige a las propias cooperativas que sufragen los costes de fiscalización por parte del Departamento de

119. El texto puede ser revisado en su sitio web (véase la nota 62).

120. VALENZUELA, E. (ed.), *Aproximaciones a una nueva Constitución. Principios y artículos para un Chile justo, libre y fraterno* (Santiago, El Desconcierto, 2014), p. 15, señala la economía solidaria como uno de los valores fundamentales para la construcción de un país basado en la principios de libertad, igualdad y fraternidad (artículo 8° del texto constitucional ahí propuesto).

121. El 8 de abril de 2014 se presentó un proyecto de ley que establece medidas de protección a favor de las áreas de servicio de los comités o cooperativas de agua potable rural (Boletín núm. 9295-09).

Cooperativas¹²²; (viii) permitir y establecer que los fondos concursables de las distintas agencias del Estado consideren de manera efectiva la participación de las cooperativas; (ix) promover el pronto despacho del proyecto de ley que se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional (Boletín núm. 8132-26), con revisión de las indicaciones del gobierno que no hayan sido consensuadas con los diferentes órganos de representación del movimiento cooperativo hoy existentes; (x) corregir la política del Servicio de Impuestos Internos que interpreta las disposiciones de la legislación cooperativa con el fin de gravar los excedentes y beneficios que los socios logran a través de sus entidades, deteniendo y obstaculizando el desarrollo cooperativo; (xi) otorgar al Departamento de Cooperativas el soporte institucional adecuado para que pueda ejercer las funciones que le asigna la Ley general de cooperativas y su reglamento¹²³.

Este último organismo se encuentra reestructurado en su incardinación orgánica. A través de la Resolución exenta núm. 1744, de 4 de agosto de 2014, fue creada una nueva División de Asociatividad y Economía Social dentro de la Subsecretaría de Economía del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que viene a sumarse a las ya existentes de Innovación, de Empresas de Menor Tamaño y de Estudios. Esta división estará a cargo de todas las materias relacionadas con las empresas sociales y de innovación social, y a ella quedan incorporados el Departamento de Cooperativas y la Unidad de Asociaciones Gremiales. En lo que atañe a las cooperativas, el gobierno se ha fijado las siguientes orientaciones para el período 2014-2018: (i) dar la mayor visibilidad posible, tanto interna como externa, a los concretos apoyos del mundo cooperativo al desarrollo nacional; (ii) orientar el trabajo fundamentalmente hacia el desarrollo y fortalecimiento del sector cooperativo; (iii) efectuar un trabajo de puertas abiertas y diálogo permanente e institucional con los diversos actores del sector cooperativo; (iv) llevar adelante una activa y eficiente labor de coordinación institucional con la Red de Fomento del Sector Público, con el propósito de dar la

122. Aspecto ya mencionado por CÁRCAMO CORTÉS, C., *Nueva Ley de cooperativas en Chile: ¿un desincentivo para la formación de cooperativas?* (memoria para optar al grado de licenciado en Derecho, Valdivia, Universidad Austral de Chile, 2006), pp. 24-39.

123. Dichas medidas coinciden parcialmente con las propuestas por GÁTICA *et alii*, «Hacia un marco de políticas públicas», cit. (n. 39), pp. 296-301, para el fomento del cuarto sector, y ahora con las «Bases para una política pública de desarrollo de la economía social y cooperativo» preparadas por el consejo consultivo existente en la materia y entregadas el 11 de julio de 2014 a la Presidenta de la República.

máxima relevancia a los aportes reales y potenciales del sector cooperativo al desarrollo económico y social del país; (v) perfeccionar y modernizar la función de control legal y fiscalización basado en la idea de que ella debe ser una acción progresiva y formativa, en plena sintonía con las modificaciones en trámite de la Ley general de cooperativas y con los principios orientadores del Estatuto Pyme (Ley 20.416); (vi) inserción activa en las redes internacionales del sector cooperativo, tanto en lo que atañe a agencias públicas como a las del propio sector cooperativo y de economía social; (vii) fortalecimiento de las capacidades institucionales y profesionales del Departamento de Cooperativas, que permita la evaluación sobre su actual nivel en la organización del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (labor en parte ya cumplida con su incorporación a la División de Asociatividad y Economía Social); (viii) promover el debate sobre la relación del sector cooperativo con otras formas empresariales y organizacionales de la economía social y solidaria, especialmente a través del Consejo consultivo de desarrollo cooperativo y de la economía social antes referido.

3. Las corporaciones y fundaciones

Las corporaciones y fundaciones pueden ser de derecho público o de derecho privado. De estas últimas trata el Título XXXVIII del Libro I del Código Civil. Las corporaciones, también llamadas asociaciones tras la reforma de la Ley 20.500, se forman por una reunión de personas en torno a objetivos de interés común a los asociados, mientras que las fundaciones lo hacen mediante la afectación de bienes a un fin determinado de interés general (artículo 545 III). Hay asimismo personas que participan de uno y otro carácter (artículo 545 IV). Dentro de las personas jurídicas de derecho público destacan las entidades religiosas constituidas merced a la Ley 19.638 (artículo 10), y también las corporaciones y fundaciones que, en virtud de su personalidad jurídica de derecho público (artículo 547 del Código Civil), puede crear la Iglesia católica (canon 113 y siguientes del Código de Derecho canónico)¹²⁴.

124. En Chile, no obstante la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, las buenas costumbres o el orden público garantizados por la Constitución Política (artículo 19 núm. 6°), no existe concordato entre el Estado y la Santa Sede que regule los asuntos administrativo-eclesiásticos. Esto explica la situación arriba descrita, donde el caso de la Pontificia Universidad Católica de Chile sirve de ejemplo. Ella fue creada por el

4. Las asociaciones gremiales

De las asociaciones gremiales trata el DL 2757/1979, que las define como aquellas organizaciones constituidas en conformidad a sus normas, que reúnan personas naturales, jurídicas, o ambas, con el objeto de promover la racionalización, desarrollo y protección de las actividades que les son comunes, en razón de su profesión, oficio o rama de la producción o de los servicios, y de las conexas a dichas actividades comunes, con exclusión de aquellas de carácter político o religioso (artículo 1°). Estas entidades están bajo la supervisión de la Unidad de Asociaciones Gremiales, de Consumidores y de Martilleros, dependiente del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fue creada por Resolución exenta núm. 1290, de 22 de septiembre de 2008, ahora incorporada en la nueva División de Asociatividad y Economía Social de dicho ministerio.

5. Las organizaciones comunitarias

Las organizaciones comunitarias están reguladas por la Ley 19.418 y son de dos clases: territoriales y funcionales. Las primeras reciben el nombre de juntas de vecinos, representan a las personas que residen en una misma unidad vecinal y tienen por objeto promover el desarrollo de la comunidad, defender los intereses y velar por los derechos de los vecinos, y colaborar con las autoridades del Estado y de las municipalidades (artículo 2° letra b))¹²⁵. Las organizaciones comunitarias funcionales, en tanto, son personas jurídicas sin fines de lucro, cuyo objeto es representar y promover valores e intereses específicos de la comunidad dentro

Arzobispado de Santiago mediante un decreto de 21 de junio de 1888, y llevó por primer nombre el de «Universidad Católica de Santiago». Al año siguiente, la naciente universidad recibió la bendición apostólica de León XIII, y en 1930 le fue conferida la dignidad de universidad pontificia. Pocos meses después obtuvo de parte del Estado chileno la plena autonomía académica. Se trata, pues, de una persona jurídica erigida por la autoridad canónica, amparada en el reconocimiento general que el derecho civil confiere a éstas (artículo 547 del Código Civil), y regida por su derecho propio (canon 807 y siguientes del Código de Derecho Canónico). Así ha sido reconocido por el Estado, que califica a la Universidad Católica como una corporación que participa de la personalidad de derecho público de la Iglesia Católica, en conformidad a los DS 4807/1929 y 5469/1929.

125. La Ley 19.418 define la unidad vecinal como «[e]l territorio, determinado en conformidad con esta ley, en que se subdividen las comunas, para efectos de descentralizar asuntos comunales y promover la participación ciudadana y la gestión comunitaria, y en el cual se constituyen y desarrollan sus funciones las juntas de vecinos» (artículo 1° letra a)). A ellas hace mención el artículo 118 VII de la Constitución Política.

del territorio de la comuna o agrupación de comunas respectiva (artículo 2° letra d]).

6. Los sindicatos y las asociaciones de funcionarios

Los sindicatos no vienen definidos por el Código del Trabajo, que reconoce cuatro clases en consideración de los trabajadores afiliados (artículo 216). Por tales se entienden las organizaciones libremente constituidas por trabajadores del sector privado o de las empresas del Estado, cualquiera sea su naturaleza jurídica, cuyo objetivo es asumir la representación y legítima defensa de sus asociados, así como promover los intereses económicos, sociales y culturales de los mismos (artículo 220 del Código del Trabajo). Son las únicas entidades de economía social que gozan hoy de reconocimiento constitucional (artículo 19 núm. 19 de la Constitución Política).

En la legislación laboral no existe impedimento para que los sindicatos puedan desarrollar actividades económicas o incluso formar parte de una sociedad civil o mercantil. Sobre el particular, la Ley 19.069 derogó el artículo 257 III CdT, que prohibía que las organizaciones sindicales tuvieran fines de lucro. Sin embargo, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 259 I y II CdT, el patrimonio de una organización sindical es de su exclusivo dominio y no pertenece, en todo ni en parte, a sus asociados. De esta forma, las organizaciones sindicales están facultadas para desarrollar actividades económicas con la expresa condición de que las ganancias o réditos de esas actividades estén necesariamente vinculadas a la financiación de sus objetivos. De esto se sigue que tales bienes o recursos deban ingresar al presupuesto sindical, sin perjuicio del cumplimiento que el sindicato debe dar, en cuanto sujeto de una actividad lucrativa, a la normativa legal específica que le sea aplicable.

De las asociaciones de funcionarios de la Administración del Estado trata la Ley 19.296.

7. Las organizaciones indígenas

La Ley 19.253 define la asociación indígena como la agrupación voluntaria y funcional integrada por, a lo menos, veinticinco indígenas que se constituyen en función de algún interés y objetivo común, para el desarrollo de actividades educacionales y culturales, profesionales o económicas, de forma equivalente a las

organizaciones comunitarias funcionales (artículos 36 y 37 de la Ley 19.253). También se regula la figura de la comunidad indígena, que consiste en toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: (i) provienen de un mismo tronco familiar; (ii) reconocen una jefatura tradicional; (iii) poseen o han poseído tierras indígenas en común, o (iv) provienen de un mismo poblado antiguo (artículo 9º de la Ley 19.253).

8. Las empresas B

Su nombre es una traducción de la expresión inglesa *benefit corporation*, con la que designa a una clase de sociedades permitidas en algunas legislaciones estatales estadounidenses, donde la transparencia, la participación de los trabajadores y la consideración de la sociedad civil y del medioambiente se añaden al propio objeto lucrativo que desarrollan por vía de una reforma estatutaria¹²⁶. El primer estado en reconocer estas empresas fue Maryland en 2010, y después se han sumado otros dieciséis a partir de 2013¹²⁷. Previamente, ellas habían comenzado a funcionar mediante un sistema privado de certificación, que acreditaba su compromiso social después de la revisión de sus prácticas internas y externas, previo pago de una tasa anual progresiva de acuerdo con su volumen de ventas. Las leyes que sucesivamente comenzaron a promulgarse no eliminaron este sistema de acreditación, que sigue desempeñando la misión de certificar que una determinada sociedad cumple determinados requisitos de socialización, sino que establecieron las condiciones y requisitos que aquél debe observar en dicho proceso. En Chile, el sistema de acreditación comenzó a operar en 2011 a través de la iniciativa denominada «Sistema B», una corporación de derecho privado que

126. Véase, en general, CLARK JR., W. H./BABSON, E., «How Benefit Corporation Are Defining the Purpose of Business Corporations», *William Mitchell Law Review* 38/2 (2012), pp. 817-851; CUMMINGS, B., «Benefit Corporations: How to Enforce a Mandate to Promote the Public Interest», *Columbia Law Review* 112 (2012), pp. 578-627; RESOR, F. R., «Benefit Corporation Legislation», *Wyoming Law Review* 12 (2012), pp. 91-113.

127. Al 30 de junio de 2014, los estados que han aprobado una legislación especial para las empresas B son Virginia, Vermont, Nueva Jersey, Hawaii, California, Nueva York, Washington, Luisiana, Carolina del Sur, Massachusetts, Illinois, Pennsylvania, Washington D.C., Arkansas, Colorado y Delaware. Véase la información que se proporciona en <http://benefitcorp.net/> [fecha de consulta: 27 de noviembre de 2014].

cuenta con una franquicia internacional, y en septiembre de 2014 ya suman 53 las empresas certificadas¹²⁸, con una facturación superior a 100.000.000 USD¹²⁹. A comienzos de 2013, la Asociación Gremial de Empresas Sociales (ASOGES) presentó una propuesta de anteproyecto de ley que reconocía y regulaba las empresas del cuarto sector, el que sin embargo no contó en su día con apoyo político del gobierno del Presidente Sebastián Piñera.

9. Otras agrupaciones

Existen, en fin, varias organizaciones que potencialmente podrían entenderse como parte de la economía social, especialmente en el ámbito rural (comunidades tradicionales, comités de agua potable, organizaciones de regantes, etcétera). De momento, ellas quedan excluidas del elenco precedente por su escasa repercusión económica o arraigo social, o por su precaria o difusa regulación jurídica¹³⁰.

Cabe tener presente, con todo, que la Ley 20.500 efectúa una clasificación entre las personas sin fines de lucro según los objetivos que cumplen. Ella distingue entre organizaciones de interés público y aquellas que no revisten ese carácter aun cuando satisfagan un interés general. Son de la primera clase aquellas entidades cuya finalidad es la promoción del interés general en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente, o cualquiera otra de bien común, en especial las que recurran al voluntariado (realizado con un propósito solidario, a favor de terceros, y que se lleva a cabo en forma libre, sistemática y regular, sin pagar remuneración a sus participantes), y que estén inscritas en el Catastro de que trata el DS 1, de 22 de febrero de 2013, del Ministerio Secretaría General de Gobierno (artículo 15 de la Ley 20.500). Por el solo ministerio de la ley tienen carácter de interés público las organizaciones comunitarias funcionales, las juntas de vecinos y las uniones comunales constituidas conforme a la Ley 19.418, así como las comunidades y asociaciones indígenas reguladas en la Ley 19.253 (artículo 15 II de la Ley 20.500).

128. Véase: <http://www.sistemab.org/> [fecha de consulta: 30 de junio de 2014].

129. Fuente: *Economía y Negocios de El Mercurio*, 5 de mayo de 2014.

130. RADRIGÁN/BARRÍA, «Situación y proyecciones» cit. (n. 38), p. 98.

VI. Perspectivas de futuro: hacia un reconocimiento constitucional de la economía social y una ley de empresas sociales

Esta nueva comprensión del quehacer económico desde el derecho tiene indudables consecuencias en la propia conformación de la sociedad civil, porque incide en el modo de comprender la libertad política y económica, siempre asumiendo que ellas son indivisibles y concretas, dado que la primera garantiza la coexistencia pacífica y el respecto de los derechos humanos, y la segunda trae consigo desarrollo económico, creación de empleo y respeto de la soberanía individual. Es a partir de este sustrato de donde surgen los distintos cuerpos intermedios que dan una estructura orgánica a la sociedad civil y protegen a los individuos contra injerencias indebidas del Estado o aun de los partidos políticos (artículo 23 de la Constitución Política). Las empresas del tercer sector refuerzan la soberanía social, que está constituida por la jerarquía de personas colectivas, de poderes organizados y de clases, que suben desde la familia hasta el Estado, al que deben auxiliar pero también contener (artículo 1º III de la Constitución Política). Esta soberanía cumple, entonces, dos funciones o deberes esenciales: (i) el de protección contra el Estado, que concebido de modo absoluto puede mudar de la laxitud al despotismo en un breve lapso e invadir ámbitos que le son ajenos, especialmente los del emprendimiento económico; y (ii) el de cooperación, que sintetiza los afanes del hombre como ser social y lo pone en contacto con otros, para que así, en aras de un fin lícito (que mira siempre hacia el bien común), se procuren los medios para alcanzarlo, mediante la creación de todas aquellas entidades que sean necesarias, sin que el Estado deba intervenir en su creación más allá de lo que sea indispensable para asegurar la debida convivencia y seguridad jurídica (artículo 19 núm. 15 de la Constitución Política y Ley 20.500). En última instancia, esta idea de autogestión aspira a devolver a la personas su soberanía natural, sus facultades y su libertad para responsabilizarse de su desarrollo, de su promoción y de su propio gobierno. Ella supone la administración democrática de la sociedad civil a través de una intensa, consciente y responsable participación desde sus bases, estructurada mediante cuerpos intermedios, para liberar la capacidad creadora del hombre y de las comunidades y restituirle su capacidad de decisión sobre su futuro.

Sin embargo, una sociedad no puede alcanzar la plena libertad en esos ámbitos sin una rica vida cultural, donde afloran sin interferencias la creatividad artística

e intelectual y el espíritu crítico propios del ser humano. Ella sólo se consigue a través de una educación de alta calidad en todos sus niveles, impartida tanto de forma pública como privada, de la que se sigue una efectiva igualdad de oportunidades sobre la que se construye una sociedad más equitativa, digna, inclusiva, respetuosa y genuinamente democrática (artículo 1° V de la Constitución Política). En el momento actual, cuando el lucro en la educación es puesto en entredicho (incluso con deseos de tipificarlo como delito¹³¹), esta clase de empresas pueden cumplir una función destacada en la creación o transformación de establecimientos basados ahora en una finalidad social e inspirados en la idea de autogestión¹³². Esto permitiría armonizar los distintos intereses en juego, como son la provisión de una educación de excelencia con énfasis hacia la dimensión pública que ella tiene, el derecho y el deber de los padres a elegir el lugar más adecuado para educar a sus hijos, y el que los encargados de impartir esa educación asuman la actividad como algo propio, por las ventajas comparativas que poseen.

Por los valores y principios que la caracterizan, la economía social puede contribuir a que este cambio de paradigma sea una realidad en un momento en que, merced a un nuevo consenso social, el país busca redefinir sus bases institucionales, ahora como un Estado social y democrático de Derecho¹³³. Por eso, en el proceso de redacción de una nueva Constitución Política, cuya realidad sólo depende de los tiempos políticos y del mecanismo final de confección por el que se opte, las empresas de dicho sector deben estar presentes¹³⁴. Ellas representan una particular encarnación del principio de subsidiaridad (hoy recogido parcialmente en el artículo 1° III de la Constitución Política, sólo con referencia a su aspecto negativo), porque surgen en el mercado con la finalidad de crear economías de escala, favorecer la distribución de la riqueza, generar puestos de trabajo (con mayor estabilidad laboral en períodos de crisis económica) o resolver problemas sociales que la exclusiva acción del Estado o de otras entidades privadas no ha

131. Véase el proyecto de ley presentado el 13 de septiembre de 2013 y que persigue tipificar como delito el lucro en la educación superior (Boletín núm. 9092-04).

132. La Ley general de cooperativas regula, por ejemplo, las cooperativas educacionales como una modalidad de cooperativa de servicios (artículos 69-71).

133. Véase, por ejemplo, NASH ROJAS, C., «Estado social y democrático de derechos en Chile. Tan lejos, tan cerca», *Derecho y humanidades* 18 (2011), pp. 73-84.

134. BACHELET, *Chile de todos*, cit. (n. 57), pp. 9 y 30-35.

sido capaz de resolver satisfactoriamente, y de hacerlo bajo patrones de desarrollo humano donde los partícipes son verdaderamente dueños de los frutos de su actividad, con una mayor identificación gracias a la gestión democrática de la entidad¹³⁵. Destaca, por ejemplo, su contribución en el ámbito de autoabastecimiento, los servicios financieros para personas de escasos recursos, la producción agrícola, el acceso a la vivienda, el suministro de agua potable y la electrificación en zonas rurales, el turismo comunitario, y el microcrédito, especialmente en sectores donde no hay otros interesados en proveer estos servicios por las dificultades de acceso o el escaso margen de retorno de la inversión.

Para que este cambio de paradigma se materialice y trascienda, es necesaria una ley que configure un marco jurídico que reconozca y dé visibilidad a la economía social como categoría diferenciada. Según la Agenda de productividad, innovación y crecimiento, esto supone reconocer las empresas sociales como un tipo de organización dotado de un propósito especial, estableciendo sus derechos y obligaciones y otorgándoles la seguridad que requieren para operar (medida núm. 42). Un proyecto de esta naturaleza debiese estar dividido en cinco títulos y ser complementado con una reforma constitucional que, con miras a profundizar la construcción de un Estado social y democrático de Derecho en el país, reconozca la economía social y cooperativa como un factor relevante de crecimiento y desarrollo.

El título I ha de establecer el objetivo que se persigue con una ley de empresas sociales, describir los contornos de este ámbito y enumerar los principios que deben contemplar las distintas entidades que pertenecen a él. Partiendo de estos principios se recoge el conjunto de las diversas entidades y empresas que integran el ámbito de la economía social.

El primer aspecto del que se habría de ocupar este título es, por consiguiente, el de definir una serie de conceptos relacionados con el marco jurídico de la economía social y las empresas sociales. En este sentido, la primera comporta la dimensión macroeconómica del fenómeno, porque comprende una mirada al sistema económico solidario como un conjunto, empleando magnitudes colectivas o globales y la incidencia que en ellas tienen los principios y valores que le son propios (primacía de las personas y del fin social sobre el capital, aplicación de

135. COING, H., *Derecho privado europeo* (trad. de Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996), II, p. 171.

los resultados obtenidos de la actividad económica teniendo en consideración el trabajo aportado y el servicio o actividad realizada por los socios, promoción de la solidaridad interna y con la sociedad, e independencia de los poderes públicos). Por su parte, la descripción del segundo concepto supone discriminar el género próximo y la diferencia específica sobre las que se articula el régimen jurídico propuesto. La mirada es ahora microeconómica, pues se atiende a los concretos agentes que operan dentro de la economía social. Al efecto, la ley debería adoptar un concepto de empresa similar al que existe en el Código de Trabajo, vale decir, tener por tal a «*toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada*» (artículo 3°). A partir de este género próximo (el ámbito empresarial), la ley podría concebir las empresas sociales como aquellas personas jurídicas de base asociativa cuyo objeto social incluye el generar un impacto material positivo en la sociedad o el medioambiente, no pudiendo sus órganos de administración adoptar políticas o decisiones que contravengan dicho propósito, y reportando el desempeño social y ambiental a través de los estándares definidos por la ley¹³⁶.

Esto supone la existencia de un doble mecanismo de adscripción a esta categoría empresarial: (i) por forma jurídica o (ii) por certificación y registro. Son empresas sociales en razón de su forma o tipo normativo todas aquellas que han sido descritas precedentemente¹³⁷. De las empresas sociales por certificación y registro habría de tratar el título II.

Este título estaría dedicado a regular la certificación de aquellas empresas que, no estando constituidas bajo una forma jurídica considerada social, desean obtener esta calificación. Para que se produzca este reconocimiento, las empresas constituidas bajo otros tipos jurídicos han de incorporar en sus estatutos las menciones que la ley establezca y que vendrían referidas a (i) la dimensión social en la descripción de su giro, (ii) los mecanismos de participación democráticas que se emplearán en la administración, con especial énfasis en la equidad de género, y (iii) la forma de reparto de una determinada proporción de las utilidades sin correspondencia con la participación económica en el capital. La alternativa que parece más razonable es que la verificación de estas menciones corresponda a empresas

136. DEFOURNY, J./NYSENS, M., «El enfoque EMES de la empresa social desde una perspectiva comparada», *CIRIEC-España. Revista de economía pública, social y cooperativa* 75 (2012), pp. 15-17.

137. Véase *supra*, V.

certificadoras privadas, que han de cumplir también con determinados requisitos y contar con una licencia concedida por la Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño. Ella tendrá un plazo de caducidad, tras el cual deberá renovarse siguiendo el mismo mecanismo de obtención y previa la acreditación del cumplimiento de sus propósitos. Por último, la certificación debiese inscribirse un registro público a cargo de la División de Asociatividad y Economía Social dependiente de dicha subsecretaría.

El título III se debería abocar a los beneficios que supone para una organización su calificación como empresa social, sin que ellos entrañe una reducción de los ya existentes según la forma empresarial adoptada, ni tampoco una ganancia injustificada. Estos beneficios habrían de consistir en que los gastos y costos (incluidas las auditorías) que la empresa realice para cumplir con los objetivos y obligaciones contraídas en razón de su calificación sean considerados como necesarios para producir la renta y deducibles de su base imponible para los efectos del impuesto a la renta, y lo mismo se habría de aplicar respecto de los beneficios con destino social o medioambiental. Asimismo, la calificación de empresa social permitiría beneficiarse de asistencia técnica por parte del Estado, postular al fondo de fortalecimiento y desarrollo previsto en la propia ley, operar en parques nacionales o áreas silvestres protegidas, y gozar preferencia en procesos de licitación o compra pública ante situaciones de empate técnico.

El título IV habría de establecer la institucionalidad pública relacionada con las empresas sociales. Lo natural sería que el Estado se relacionará con ellas a través de dos instituciones separadas, una dedicada a la fiscalización y otra al fomento del sector de la economía social. La primera función correspondería a la División de Asociatividad y Economía Social dependiente de la Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño, creada mediante Resolución exenta núm. 1.774, de 4 de agosto de 2014, y donde quedaron radicados administrativamente el Departamento de Cooperativas y la Unidad de Asociaciones Gremiales. El fomento de la economía social correspondería, por su parte, a un instituto autónomo creado al efecto. A este último estaría adscrito el consejo nacional consultivo de desarrollo cooperativo y de la economía social, en funciones desde el 19 de julio de 2014. Su objetivo sería asesorar al instituto y también al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo en el diseño de una política pública nacional de fomento y desarrollo de la economía social, así como efectuar el monitoreo de las medidas en actual ejecución. También habría de apoyar la coordinación público-privada, destinada a promover una adecuada participación de

esta clase de empresas en la economía nacional. Tanto la división como el instituto debiesen asegurar una presencia a la largo del país a través de las Secretarías Regionales Ministeriales de Economía, Fomento y Turismo, para favorecer la efectiva descentralización del servicio.

En fin, el título V debiese estar dedicado a las modificaciones a ciertas leyes especiales, especialmente en aquellas materias que impiden la efectiva competencia en determinados sectores de la economía, y contener algunos artículos transitorios y de ejecución.

VII. Conclusiones

La revisión de las distintas entidades que componen la economía social en Chile demuestra que su régimen es fragmentario, y deja intuir la diversidad de su importancia y utilización social. Además, comporta un campo con escaso desarrollo dogmático, donde las posibilidades de emprendimiento abiertas con la Ley 20.500 apenas aparecen esbozadas. Por otra parte, ella presenta un carácter transversal, con protagonismo relevante, desde luego, en el derecho privado, pero también en el derecho público (como lo demuestra el origen y composición de la mentada Ley 20.500 y las modificaciones que ella introduce en las Leyes 18.575 y 18.695¹³⁸, o la existencia de un organismo de fiscalización y control conjunto respecto de las cooperativas y las asociaciones gremiales), sin perjuicio de su proyección más allá de las fronteras nacionales en razón del funcionamiento en el país de entidades extranjeras (artículos 122 de la Ley general de cooperativas y 34 DS 101/1979, del Ministerio de Justicia, sobre concesión de personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones¹³⁹).

138. Véase CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley 20.500* (Valparaíso, Biblioteca del Congreso Nacional, 2011).

139. En virtud de la Ley 20.500 se han dictado dos reglamentos, pero ninguno de ellos deroga expresamente el DS 110/1979. Tampoco existe derogación tácita, porque estos reglamentos no contienen disposiciones que no puedan conciliarse con las del DS 110/1979 en lo que atañe a la constitución de un mandatario que represente en Chile a una corporación o fundación extranjera (artículo 52 III del Código Civil). De hecho, la Editorial Jurídica de Chile (a quien en virtud de la Ley 8828 corresponde la edición oficial de los códigos de la república) incluye todavía ese reglamento de 1979 como parte del apéndice que acompaña la edición oficial del Código Civil.

Por esta circunstancia, así como por su indudable actualidad en el debate público y dogmático nacional y comparado, se echaba en falta un análisis que, de manera conjunta, ofrezca una semblanza completa de las principales cuestiones jurídicas relativas al sector de la economía social, con especial incidencia en las entidades que lo componen y en la versatilidad que ellas presentan. Dado que la pertenencia a este sector se define más bien de manera intuitiva, el punto de convergencia de todas ellas parece estar en el deseo de realizar un emprendimiento económico con miras a obtener una ganancia no repartible (*non-distribution constraint*), que redunde en la satisfacción prioritaria de un interés colectivo o general. Dicho de otra forma, la búsqueda de una ganancia, incluso por la vía de generar economías de escala para sus miembros, no es un propósito excluido por la ausencia de un ánimo de lucro que para muchas de ellas viene requerida como exigencia tipológica, dado que es parte del propio carácter empresarial con que se realiza la actividad desarrollada en común. Tales ideas, debida y progresivamente sistematizadas, han de servir de material para el debate y análisis de las políticas públicas proyectadas para el sector durante los próximos años.

Quizá la más importante de estas políticas públicas sea la de configurar un marco jurídico que, sin pretender sustituir la normativa vigente o el propio régimen de fiscalización de cada una de las entidades que tradicionalmente conforman el sector, suponga el reconocimiento y visibilidad de la economía social como ámbito diferenciado del quehacer económico. Esto exige reconocer las empresas sociales como un tipo de organización dotado de un propósito especial, sea por tipo organizacional, sea por certificación y registro, estableciendo sus derechos y obligaciones y otorgándoles la seguridad que requieren para operar. Sólo queda esperar que este anuncio de la Agenda de productividad, innovación y crecimiento presentada por el gobierno de la Presidenta Bachelet se convierta pronto en realidad.

Bibliografía

- Acuña San Martín, M., «Significación de la atribución de mercantilidad a las sociedades anónimas: un comentario jurisprudencial», *Ius et Praxis* 15/1 (2009), pp. 419-432.
- Alcalde Rodríguez, E., *La sociedad anónima. Autonomía privada, interés social y conflictos de interés*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- Alcalde Silva, J., «Chile», en Cracogna, D./Fici, A./Henry, H., *International Handbook of Cooperative Law*, Berlín/Heidelberg, Springer, 2014, pp. 317-337.
- Alcalde Silva, J., «El derecho cooperativo chileno: estado de la cuestión», *Revista Jurídica Atena* 5 (2013) [en prensa].
- Alcalde Silva, J., «El marco jurídico cooperativo y sus perspectivas de reforma», en Vásquez Palma, M.^a F. (dir.), *Estudios de Derecho comercial*, Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing, 2011, pp. 307-321.
- Alcalde Silva, J., «Informe sobre el derecho cooperativo chileno», RChDP 21 (2013), pp. 493-524.
- Alcalde Silva, J., «Los principios cooperativos en la legislación chilena», *CIRIEC-España. Revista jurídica de economía social y cooperativa* 19 (2009), pp. 201-291.
- Alcalde Silva, J., «Perspectivas de reforma del derecho cooperativo», RChDP 22 (2014) [en prensa].
- Atria Lemaitre, F., *La Constitución tramposa*, Santiago, LOM, 2013.
- Atria Lemaitre, F., *Neoliberalismo con rostro humano. Veinte años después*, Santiago, Catalonia, 2013.
- Atria Lemaitre, F. et alii, *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Santiago, Debate, 2013.
- Bachelet Jeria, M., *Chile de todos. Programa de gobierno. 2014-2018*, Santiago, ed. electrónica, 2013.
- Baeza Ovalle, G., *Derecho comercial*, Santiago, LexisNexis, 2003.
- Balmaceda Lazcano, C., *El estatuto de las personas jurídicas*, tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, Santiago, Universidad de Chile, 1943.
- Berger, P., «El capitalismo como fenómeno», *Estudios Públicos* 38 (1990), pp. 245-265.

- Berger, B., «La cultura del empresariado moderno», *Estudios Públicos* 47 (1992), pp. 45-68.
- Bernal-Fandiño, M., «El solidarismo contractual —especial referencia al Derecho francés—», *Universitas* 114 (2007), pp. 115-130.
- Caballero Germain, G., «Declaración de quiebra de un deudor calificado», RChDP 21 (2013), pp. 447-457.
- Cabrillac, R., *Las codificaciones*, trad. de Paulina Pulido y Claudia Bulnes, Santiago, Flandes Indiano, 2009.
- Cañas, L., *El falso dilema del prisionero. Una visión más amplia de las decisiones racionales*, Madrid, Alianza, 2008.
- Cárcamo Cortés, C., *Nueva Ley de cooperativas en Chile: ¿un desincentivo para la formación de cooperativas?*, memoria para optar al grado de licenciado en Derecho, Valdivia, Universidad Austral de Chile, 2006.
- Cárdenas Bustamante, C., *Teoría de la asociación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1972.
- Cavieres Figueroa, E., «Estructura y funcionamiento de las sociedades comerciales de Valparaíso durante el siglo XIX», en *Cuadernos de Historia* 4 (1984), pp. 61-86.
- Clark jr., W. H./Babson, E., «How Benefit Corporation Are Defining the Purpose of Business Corporations», *William Mitchell Law Review* 38/2 (2012), pp. 817-851.
- Coing, H., *Derecho privado europeo*, trad. de Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996.
- Congreso Nacional, *Historia de la Ley 20.500*, Valparaíso, Biblioteca del Congreso Nacional, 2011.
- Consejo de Defensa Fiscal, «No procede otorgar personalidad jurídica a las asociaciones que persiguen beneficios económicos indirectos de carácter colectivo», RDJ XXXIX (1942), pp. 117-123.
- Contreras Strauch, O., *Instituciones de Derecho comercial*, Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing, 3ª ed., 2011.
- Correa Fuenzalida, G., «Procede otorgar personalidad jurídica a las asociaciones destinadas a proporcionar a los asociados beneficios económicos indirectos de carácter colectivo», RDJ XXXIX (1942), pp. 124-136.
- Cummings, B., «Benefit Corporations: How to Enforce a Mandate to Promote the Public Interest», *Columbia Law Review* 112 (2012), pp. 578-627.

- Delle Monache, S., «"Commercializzazione" del diritto civile (e viceversa)», Riv.dir.civ. LVIII (2012) 4, pp. 489-507.
- Dees, G., *The Meaning of Social Entrepreneurship*, Duke University, Working Paper 1998 (revisado en 2001).
- Defourny, J./Nyssens, M., «El enfoque EMES de la empresa social desde una perspectiva comparada», *CIRIEC-España. Revista de economía pública, social y cooperativa* 75 (2012), pp. 7-34.
- Del Picó Rubio, J., «Modificación del régimen civil de las personas sin fines de lucro a partir de la vigencia de las Leyes N° 19.638 y N° 20.500», en Elorriaga De Bonis, F. (coord.), *Estudios de Derecho civil VII*, Santiago, AbeledoPerrot/ThomsonReuters, 2012, pp. 17-27.
- D'Ors Pérez-Peix, A., *Nueva introducción al estudio del Derecho*, Madrid, Civitas, 1999.
- Eichler, H., «Consideraciones para un futuro sistema de derecho civil», RChD (1978) 1-6, pp. 142-159.
- Embid Irujo, J. M., «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresaria)», *Anuario de Derecho de Fundaciones* 2010, pp. 15-68.
- Embid Irujo, J. M., «Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)», *Revista Valenciana de Economía y Hacienda* 7 (2003), pp. 79-100.
- Embid Irujo, J. M., *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, Granada, Comares, 2013.
- Evans de la Cuadra, E., *Los derechos constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 2004.
- Eyzaguirre Gutiérrez, J., *Historia del Derecho*, Santiago, Editorial Universitaria, 6ª ed., 1983.
- Fajardo García, G., Fajardo, «La economía social en las leyes», *CIRIEC-España. Revista de economía pública, social y cooperativa* 66 (2009), pp. 5-36.
- Fajardo García, G., «La especificidad de las sociedades cooperativas frente a las sociedades mercantiles y la legitimidad de su particular régimen jurídico y fiscal según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», RDM 288 (2013), pp. 189-222.
- Fajardo García, G., «Las empresas de economía social en la Ley 5/2011, de 29 de marzo», RdS 38 (2012), pp. 245-280.

- Fernandois Vöhringer, A., *Derecho constitucional económico*, Santiago, Ediciones UC, 2ª ed., 2006.
- Ffrench-Davis Muñoz, R., *Chile entre el neoliberalismo y el crecimiento con equidad Cuarenta años de políticas económicas y sus lecciones para el futuro*, Santiago, LOM, 2014.
- Font Galán, J. I./Pino Abad, M., «La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (sólo) jurídica del concepto legal de sociedad», RDM 239 (2001), pp. 7-95.
- Fukuyama, F., *El fin de la historia y el último hombre*, trad. de Pedro Elías, Barcelona, Planeta, 1992.
- Fuentes Saavedra, C., *El fraude*, Santiago, Hueders, 2013.
- Fueyo Laneri, F., «Proyecto de Código único de las obligaciones y de los contratos para los países de origen latino (Estudio comparativo del Proyecto franco-italiano de las obligaciones, de 1927, y los Códigos substantivos chilenos)», RDJ LXXVII (1980), pp. 61-83.
- Garretón, M. A., *Neoliberalismo corregido y progresismo limitado. Los gobiernos de la Concertación en Chile, 1990-2010*, Santiago, ARCIS/FLACSO, 2013.
- Gatica, S. et alii, «Hacia un marco de políticas públicas para el cuarto sector en Chile», en VV. AA., *Propuestas para Chile, Concurso de políticas públicas/2013*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013, pp. 271-307.
- Gompertz Pumarino, J., «La legislación cooperativa en Chile», en Cracogna, D. (ed.), *La legislación cooperativa en los países andinos*, San José de Costa Rica, ACI-Américas, 2009, pp. 35-84.
- Gondra Romero, J. M.^a, *Derecho mercantil I. Introducción*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1992.
- Gondra Romero, J. M.^a, «La deconstrucción del concepto del Derecho mercantil en aras de la unidad de mercado: una primera aproximación a la Propuesta de Código mercantil», RDM 290 (2013), pp. 27-52.
- Gondra Romero, J. M.^a, «La teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico-económicos», RDM 278 (2010), pp. 1171-1233.
- Góngora del Campo, M., *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Universitaria, 2ª ed., 1986.
- Guerrero Valenzuela, R./Zegers Ruiz-Tagle, M., *Derecho de sociedades*, Santiago, Ediciones UC, 2014.

- Guzmán Brito, A., *El Derecho privado constitucional de Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001.
- Guzmán Brito, A., «El destino de los bienes pertenecientes a una persona jurídica sin fines de lucro en el evento de su disolución», en Elorriaga De Bonis, F. (ed.), *Estudios de Derecho civil VII*, AbeledoPerrot/LegalPublishing, Santiago, 2012, pp. 223-248.
- Guzmán Brito, A., *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977.
- Hansmann, H./Kraakman, R., «The Contractualization of Organizational Law», en Grundmann, S. et alii (eds.), *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010*, Berlín, De Gruyter, 2010, pp. 747-764.
- Hauriou, M., *Principios de Derecho público y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Reus, 2ª ed., s. d. [pero 1927].
- Henry, H., *Guidelines for Cooperative Legislation*, Ginebra, OIT, 3ª ed., 2013.
- Illanes Oliva, M.ª A., *Chile des-centrado. Formación socio-cultural republicana y transición capitalista (1840-1910)*, Santiago, LOM, 2003.
- Inciarte, F., *Liberalismo y republicanismo. Ensayos de filosofía política*, Pamplona, EUNSA, 2001.
- Jequier Lehuedé, E., «Unipersonalidad y sociedad con un solo socio; alcances de su reconocimiento en la estructura dogmática del derecho chileno», *Ius et Praxis* 17/2 (2011), pp. 189-230.
- Lecourt, B., «La gratuité et le droit des affaires», *RTDcom* 3 (2012), pp. 455-474.
- López Fernández, D., *La empresa como unidad económica*, Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing, 2010.
- Lyon Puelma, A., *Personas jurídicas*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 2003.
- Mantilla Espinosa, F., «El *solidarismo* contractual en Francia y la *constitucionalización* de los contratos en Colombia», *RChDP* 16 (2011), pp. 187-241.
- Martín Pérez, A., «La despatrimonialización del Derecho civil y la patrimonialidad de la prestación», *RDP* 70 (1986), pp. 603-616.
- Mayol Miranda, A., *No al lucro. De la crisis del modelo a la nueva era política*, Santiago, Debate, 2012.
- Mayol Miranda, A., *El derrumbe del modelo. La crisis de la economía de mercado en el Chile contemporáneo*, Santiago, LOM, 2ª ed., 2013.

- Molina Pinilla, G., *Cooperativas, entidades necesarias para el desarrollo del Estado de Derecho*, Santiago, Librotecnia, 2007.
- Montt Dubournais, L., «Informe en derecho: la libertad económica y su tutela jurisdiccional», *Temas de Derecho* 12 (1998) 1.-2, pp. 107-148.
- Monzón Campos, J. L./Chaves Ávila, R., *La economía social en la Unión Europea*, Informe elaborado para el Comité Económico y Social Europeo por CIRIEC, 2012.
- Morand Valdivieso, L., *Sociedades*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed., 2008.
- Nash Rojas, C., «Estado social y democrático de derechos en Chile. Tan lejos, tan cerca», *Derecho y humanidades* 18 (2011), pp. 73-84.
- Navarro Matamoros, L., «Análisis comparado de la economía social en la Unión Europea y en España en tiempos de crisis», en Abriani, N./Embid Irujo, J. M. (dirs.), *Crisis económica y responsabilidad de la empresa*, Granada, Comares, 2013, pp. 43-55.
- Nussbaum, M. C., *Sin fines de lucro: por qué la democracia necesita de las humanidades*, trad. de María Victoria Rodil, Buenos Aires, Katz, 2010.
- Olavarría Ávila, J., *Manual de Derecho comercial*, Barcelona, s. e., 3ª ed., 1970.
- Pardo López, M.ª M./Gómez Manresa, M.ª F. (eds.), *Economía social y derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas de economía social*, Granada, Comares, 2014.
- Pérez Aroca, E./Radrigán Rubio, M./Martín Armengol, G., *Situación actual del cooperativismo en Chile*, Santiago, Programa interdisciplinario de estudios asociativos Pro-Asocia/Universidad de Chile, 2003.
- Pico Zúñiga, F. A./Rojas Quiñones, S. A., *Solidarismo Contractual. El deber de cooperación y su repercusión en la responsabilidad civil*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2013.
- Pizarro Wilson, C., «La responsabilidad de las personas jurídicas sin fines de lucro», en Pizarro Wilson, C. (ed.), *Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado*, I, Santiago, Universidad Diego Portales, 2004, pp. 105-125.
- Phills, J./Deiglmeir, K./Miller, D., «Rediscovering Social Innovation», *Stanford Social Innovation Review* 6 (2008) 4, pp. 34-43.
- Porter, M./Kramer, M., «Creating Shared Value», *Harvard Business Review* 89 (2011) 1-2, pp. 62-77.

- Priede, T./López-Cózar, C./Rodríguez, Á., «Análisis del marco económico-jurídico específico para los emprendedores sociales. Un estudio comparado entre diversos países», *CIRIEC-España. Revista de economía pública, social y cooperativa* 80 (2014), pp. 5-28.
- Puelma Accorsi, Á. «La legislación en materia de Derecho comercial analizada por la aplicación que ella tiene en la realidad nacional y las necesidades actuales», RDJ LXVI (1969), pp. 83-98.
- Puelma Accorsi, Á., *Sociedades*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 2001.
- Radrigán Rubio, M./Barra Knopf, C., «Situación y proyecciones de la economía social en Chile», en Pérez de Uralde, J. M.^a (ed.), *La economía social en Iberoamérica. Un acercamiento a su realidad*, Madrid, FUNDIBES, 2006, pp. 93-137.
- Radrigán, M./Dávila, A. M.^a/Penaglia, F., «Gestión y liderazgos en los emprendimientos sociales: el caso del sector no lucrativo chileno», *Polis* 32 (2012), pp. 141-165.
- Rand, A., «¿Qué es el capitalismo?», *Estudios Públicos* 37 (1990), pp. 63-90.
- Razeto Migliaro, L., *Economía popular de solidaridad*, Santiago, Conferencia Episcopal de Chile, 1986.
- Razeto Migliaro, L., *Las empresas alternativas*, Santiago, PET, 1987.
- Razeto Migliaro, L., *Los caminos de la economía de solidaridad*, Buenos Aires, Lumen-Humanitas, 1996.
- Razeto Migliaro, L., *De la economía popular a la economía de solidaridad en un proyecto de desarrollo alternativo*, Santiago, PET, 1998.
- Resor, F. R., «Benefit Corporation Legislation», *Wyoming Law Review* 12 (2012), pp. 91-113.
- Román Rodríguez, J. P., *Cooperativas*, Santiago, LegalPublishing/ThomsonReuters, 2012.
- Ruiz-Tagle Vial, P./Cristi, R., *El constitucionalismo del miedo. Propiedad, bien común y el poder constituyente*, Santiago, LOM, 2014.
- Ruiz-Tagle Vial, P./Cristi, R., *La república en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, Santiago, LOM, 2006.
- Salazar, G., *Movimientos sociales en Chile. Trayectoria histórica y proyección política*, Santiago, Uqbar, 2012.
- Sandoval López, R., *Manual de Derecho comercial*, I-1, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 5ª ed., 1999.
- Sandoval López, R., *Manual de Derecho comercial*, I-2, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 7ª ed., 2007.

- Schmidt, K., *Derecho comercial*, trad. de Federico E. G. Werner, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- Solimano Ratinoff, A., *Capitalismo a la chilena y prosperidad de las élites*, trad. de Pedro Solimano, Santiago, Catalonia, 2013.
- Solminihac Iturra, J., *Compendio de Derecho comercial*, Santiago, Metropolitana, 1996.
- Straube Ríos, E., «La Valparaíso y «La Esmeralda». *Las primeras cooperativas fundadas en Chile. Año 1887*, ponencia presentada en el Congreso Nacional Cooperativo, 14 y 15 de enero de 2013, edición electrónica de la Cámara de Diputados.
- Torres Zagal, O., *Derecho de sociedades*, Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing, 4ª ed., 2010.
- Ugarte Cataldo, J. L., «El concepto legal de empresa y el derecho laboral: cómo salir del laberinto», RChDP 20 (2013), pp. 185-213.
- Valenzuela, E. (ed.), *Aproximaciones a una nueva Constitución. Principios y artículos para un Chile justo, libre y fraterno*, Santiago, El Desconcierto, 2014.
- Varas Braun, J. A., «Anatomía del lucro (para una tipología jurídica)», en Turner Saelzer, S./Varas Braun, J. A. (eds.), *Estudios de Derecho civil X* (Santiago, ThomsonReuters, 2014), pp. 463-481.
- Varas Braun, J. A., «Personas jurídicas sin fines lucrativos», en Martinic, M.^a D./Ríos, S./Tapia, M. (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Santiago, LexisNexis, 2005, I, pp. 463-476.
- Varas Braun, J. A., «Los fines en las personas jurídicas no lucrativas», en Pizarro Wilson, C. (ed.), *Estudios de Derecho civil IV*, Santiago, LegalPublishing, 2009, 73-85 = Corral Talciani, H. et alii (coord.), *Estudios de Derecho civil*, Santiago, LegalPublishing/Thomson-Reuters, 2011, I, pp. 225-253.
- Varela, R., *Derecho comercial*, Santiago, Editorial Universitaria, 1966.
- Vargas Vasserot, C., *La actividad cooperativizada y las relaciones de las cooperativas con sus socios y con terceros*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2006.
- Vásquez Palma, M.^a F., *Sociedades*, Santiago, LegalPublishing/ThomsonReuters, 2013.
- Vásquez Úbeda, L. G./Juppet Ewing, M.^a F., *Derecho del tercer sector: corporaciones, fundaciones y cooperativas*, Santiago, LegalPublishing/ThomsonReuters, 2014.

- Vergara Blanco, A., *El Derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como «Derecho común»*, Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing, 2010.
- Vicent Chuliá, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 21ª ed., 2008.
- Viera Álvarez, C., *Libre iniciativa económica y Estado social. Análisis al estatuto de la libertad de empresa en la Constitución chilena*, Santiago, ThomsonReuters/LegalPublishing, 2013.
- Villegas, C. G., *Tratado de las sociedades*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- Wieland, K., *Handelsrecht*, I, Múnich/Leipzig, Dunker & Humblot, 1931 [reimpresión de la edición de 1921].
- Vodanovic Haklicka, A., *Derecho civil. Parte preliminar y parte general*, Santiago, Ediar-Conosur, 5ª ed., 1991.
- Zamagni, S., *Por una economía del bien común*, trad. de Isaías Hernando, Madrid, Ciudad Nueva, 2012.
- Zamagni, S./Zamagni, V., *La cooperazione. Tra mercato e democrazia economica*, Bolonia, Il Mulino, 2008.

LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA: CUESTIONES Y PERSPECTIVAS

Antonio Fici

Profesor de Derecho Privado, Universidad de Molise

Profesor de Derecho comparado de las sociedades cooperativas, LUMSA de Roma

Investigador senior de Euricse European Research Institute on Cooperative
and Social Enterprises

RESUMEN

La Sociedad Cooperativa Europea (SCE) es una forma jurídica de organización empresarial en la Unión Europea establecida en el Reglamento nº 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003. Este artículo se centra en los objetivos del Reglamento de la SCE, el sistema de las fuentes del derecho aplicable a la SCE y las principales cuestiones que este sistema conlleva. Posteriormente analiza sus disposiciones más relevantes en lo que concierne a la identidad cooperativa. Las conclusiones presentan el estado de la aplicación del Reglamento a la luz de sus objetivos, y especulan en torno a sus perspectivas futuras. Si por un lado el Reglamento de la SCE ha contribuido a un mejor conocimiento de las cooperativas y de su específica naturaleza, sin embargo el artículo hace hincapié en la necesidad de cambios fundamentales con el fin de que el Reglamento sea más efectivo y esté más en consonancia con sus finalidades.

PALABRAS CLAVE: Sociedad Cooperativa Europea, Identidad Cooperativa, Integración de las cooperativas, Promoción Cooperativa

THE EUROPEAN COOPERATIVE SOCIETY: ISSUES AND PROSPECTS

ABSTRACT

The European Cooperative Society (SCE) is a European Union legal form of business organization provided for by Council Regulation n. 1435/2003 of 22 July 2003. This article focuses on the objectives of the SCE Regulation, the system of sources of SCE law, and the main questions that this systems brings about. Subsequently, it analyzes the SCE Regulation's most relevant provisions in terms of cooperative identity. Conclusions present the state of implementation of the SCE Regulation with regard to its objectives, and speculate about its future prospects. If on the one hand the SCE Regulation has contributed to better knowledge of cooperatives and their specific nature, on the other hand this article emphasizes the need for fundamental changes in order to make the Regulation more effective and consistent with its purposes.

KEY WORDS: European Cooperative Society, Cooperative Identity, Cooperative Integration, Cooperative Promotion.

SUMARIO*

1. Introducción. 2. Estructura y objetivos del Reglamento de la SCE. 2.1. Establecimiento de una forma jurídica facultativa de organización empresarial en la UE. 2.2. Facilitación de la actividad transfronteriza y del agrupamiento de cooperativas. 2.3. Promoción del conocimiento sobre las cooperativas: el valor simbólico del Reglamento de la SCE. 2.4. Aproximación del derecho cooperativo nacional. 3. Las fuentes del derecho de la SCE. 3.1. El papel predominante y multifacético del derecho nacional en la regulación de la SCE. 3.2. ¿Qué legislación nacional aplicar? 3.3. El papel de los estatutos de la SCE. 3.4. La compleja interacción entre las fuentes del derecho de la SCE: otros ejemplos. 4. El Reglamento de la SCE y la identidad cooperativa. 4.1. Objeto social. 4.2. Aspectos financieros. 4.3. Gobierno. 5. Conclusiones. Presente y futuro del Reglamento de la SCE. Bibliografía.

1. Introducción

La Sociedad Cooperativa Europea (SCE) es una forma jurídica de organización empresarial en la Unión Europea (UE) establecida en el Reglamento nº 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003 (RSCE)¹. La Directiva 2003/72/CE del Consejo, de la misma fecha, complementa este estatuto con normas específicas relativas a la implicación de los trabajadores².

* Este artículo constituye la traducción del inglés, con unas modificaciones de carácter no sustancial, del cuarto capítulo, por el autor, titulado “The European Cooperative Society Regulation”, del volumen D. Cracogna, A. Fici, H. Henry, *International Handbook of Cooperative Law*, Heidelberg, Springer, 2013, pp. 115 y ss.

1. El Reglamento de la SCE puede consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R1435&qid=1408864813065&from=EN>; en general, la legislación de la EU y los textos oficiales, incluidos los citados en este artículo están disponibles en: <http://eur-lex.europa.eu/>.

El acrónimo “SCE” proviene del latín *Societas Cooperativa Europaea* y se utiliza en el propio título así como a lo largo del texto (véase el art. 1.1) del Reglamento de la SCE (RSCE) para referirse a la materia sujeta a reglamentación.

2. Véase también el art. 6.1, del RSCE. En torno a esta cuestión, que no se abordará en este artículo, véase Snaith (2006), pp. 213 y ss.; Fici (2006), pp. 137 y ss.; Alcaraz (2008), pp. 489 y ss.

La SCE puede considerarse el “equivalente cooperativo” de la Sociedad Anónima Europea (SE), que es otra forma jurídica en la UE introducida anteriormente por el Reglamento nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001 (RSE) y conformada de acuerdo con los principios generales que gobiernan las sociedades anónimas³. Indudablemente, el hecho de poder garantizar a las cooperativas un trato equiparable al otorgado a las sociedades de capital con ánimo de lucro fue una de las principales razones (probablemente la de mayor peso) para la introducción del RSCE⁴, como lo ha demostrado el propio legislador de la UE en el preámbulo del Reglamento de la SCE, donde se hace referencia explícita al afán de la Comunidad Europea de garantizar unas condiciones idénticas de competencia y contribuir así al desarrollo económico de las cooperativas⁵.

El marco jurídico de la UE sobre las organizaciones privadas comprende asimismo el Reglamento nº 2137/1985 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE). La AEIE es una forma útil aunque limitada, de coordinación económica entre sociedades (y/o empresarios individuales). Por un lado, la AEIE tendrá “la capacidad, en nombre propio, de ser titular de derechos y obligaciones de toda especie, celebrar contratos o llevar a cabo otros actos jurídicos, y de litigar” (art.1.2). Por otro lado, su finalidad será la de “facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, mejorar o incrementar los resultados de esta actividad”, y no la de realizar beneficios para sí misma (art. 3.1; art. 21.1).

Además, su actividad debe vincularse con la actividad económica de sus miembros y sólo puede tener un carácter auxiliar con respecto a ésta (art. 3.1), lo que da lugar a una serie de restricciones operativas (art. 3.2). Además, la AEIE no tiene personalidad jurídica y los miembros de la agrupación responden solidaria e indefinidamente de las deudas de cualquier clase de ésta (art. 24.1; véase también el art. 21.2), aunque los Estados miembros de la UE determinarán si las agrupaciones inscritas tienen o no personalidad jurídica (art.1.3). En todo caso, como justificación de la RSCE, el legislador de la UE consideró que la AEIE “no satis-

3. “SE” significa *Societas Europaea*. Como sucede con el RSCE, el Reglamento sobre el Estatuto de la SE ha sido completado por la Directiva nº 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

4. Chômel (2004), pp. 1 y ss., ofrece un breve resumen del proceso que ha conducido a la aprobación del Reglamento SCE.

5. Véase el RSCE, considerando 6 del preámbulo.

face las necesidades específicas de las cooperativas” (considerando 5 del preámbulo), aunque debe aquí destacarse que la AEIE es, en principio, democrática en su estructura como cooperativa⁶.

Otros posibles tipos de entidades jurídicas en la UE, como son la Asociación Europea, la Fundación Europea, la Sociedad Mutua Europea y la Sociedad Privada Europea (SPE) están siendo sometidas a debate en este momento⁷. El reducido éxito de las actuales formas jurídicas europeas, y particularmente de la SCE, se

6. “Cada miembro dispondrá de un voto”, como establece el apartado 1 del artículo 17, Reglamento de la AEIE; sin embargo, el artículo 17 permite la derogación por parte del contrato de agrupación, siempre y cuando ningún miembro posea la mayoría de votos. Véase también Embid Irujo (2008), p. 51, donde se concorda con la posible inidoneidad de la AEIE, debido a “su naturaleza esencialmente consorcial y ajena a todo supuesto de concentración de empresa”, pero, por otro lado, se subraya la idoneidad de la SE para el desarrollo de una actividad transfronteriza entre cooperativas.

7. Por lo que se refiere a la SPE, véase COM (2008) 396/3, que recoge una Propuesta de Directiva del Consejo sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea.

En lo concerniente a la Fundación Europea, hay una propuesta reciente de Directiva del Consejo: COM (2012) 35 final, de 8 de febrero de 2012. En su opinión de 18 de septiembre de 2012, el Comité Económico y Social Europeo recomendó “que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptasen la propuesta sin dilación”.

Los últimos proyectos de estatutos de una Asociación Europea y una Sociedad Mutua Europea conocidos se remontan al año 1992. El Parlamento Europeo (PE) ha vuelto a abogar recientemente por la adopción de unos estatutos europeos para las mutualidades, asociaciones y fundaciones: véase la Declaración Escrita del PE nº 84/2010 y la ficha técnica disponible en: http://www.efc.be/programmes_services/resources/Documents/2014_Fact%20sheet_EFS_July_def.pdf

La Comisión Europea ha manifestado un interés renovado por los estatutos europeos para las asociaciones, fundaciones y mutualidades como posibles formas jurídicas para la creación de una empresa social: véase COM(2011) 682 final, de 25 de Octubre de 2011, relativa a la iniciativa en favor del Emprendimiento Social, que contempla además la adopción de un estatuto europeo autónomo para las empresas sociales.

Asimismo, el Parlamento Europeo y la Comunidad Europea han promovido un estudio en torno a la situación y perspectivas actuales de las mutualidades en Europa, que fue presentado en noviembre de 2012 por Panteia, y cuyos resultados pueden verse en http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/promoting-entrepreneurship/social-economy/mutuals/index_en.htm. Este estudio concluye de modo sustancial en favor de la introducción de una Sociedad Mutua Europea al afirmar: “Aunque el estudio no ha encontrado evidencia concluyente de que el Estatuto propuesto superaría las principales barreras identificadas, sí reconoce en cambio que contribuiría al reconocimiento de las organizaciones de tipo mutual, a aumentar el conocimiento en torno a las organizaciones de tipo mutual en los países y a respetar más adecuadamente los intereses de las organizaciones de tipo mutual a nivel europeo” (*ivi*, p. 163). Cabe destacar que la ampliación del ámbito del Reglamento de la SCE “a fin de que las organizaciones de tipo mutual puedan optar por esta posibilidad para constituir una agrupación basada en los principios mutualistas” es contemplada en este mismo estudio como una posible vía que permita la agrupación de organizaciones de tipo mutual, tanto a nivel nacional como transfronterizo (*ivi*, p. 162).

ha dejado entrever por los que cuestionan la oportunidad de introducir estas nuevas formas jurídicas de organización empresarial⁸. Sin embargo, en lo que respecta a la SPE, la situación resulta más compleja.

En este sentido, con toda probabilidad, el proceso de aprobación se ha detenido debido a su enfoque “revolucionario” en lo que se refiere a la regulación de esta materia si se compara con la adoptada por los Reglamentos de la SE y de la SCE. De hecho, el Reglamento de la SPE contiene menos referencias a la legislación nacional, es más sencillo y minimiza los costes de cumplimiento, lo que hace que sea más efectivo prospectivamente que los reglamentos existentes relativos a la SE y la SCE. Esto puede entrar en conflicto con el “egoísmo” de los Estados miembros y desencadenar sus instintos proteccionistas⁹.

Este artículo está estructurado de la siguiente forma: en primer lugar, se examinan los objetivos del Reglamento de la SCE (sección 2), prestando especial atención al sistema de las fuentes del derecho aplicable a la SCE y a las principales cuestiones que este sistema conlleva (sección 3); posteriormente, se centra en las disposiciones más relevantes en lo que concierne a la identidad cooperativa (sección 4). Las conclusiones presentan el estado de la aplicación del Reglamento de la SCE y especulan en torno a sus perspectivas futuras (sección 5).

8. En su Informe del Grupo de Expertos de Alto Nivel en Derecho de Sociedades relativo a un Marco Normativo Moderno para el Derecho de Sociedades en Europa, (Bruselas, 4 de noviembre de 2002, [Informe Winter - Nota de traducción], que puede consultarse en: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf, ya hicieron constar lo siguiente: “una forma europea de Asociación y una forma europea de Sociedad Mutua no son consideradas prioritarias a corto y medio plazo por parte del Grupo. El impacto que tuvo el [en aquel entonces] futuro Reglamento de la SCE relativo a la empresa cooperativa debería ser estudiado más detalladamente antes de concentrar más esfuerzos en la creación de estas otras formas Europeas” (*ivi*, p. 24). Más recientemente, en su opinión sobre la propuesta mencionada anteriormente para la creación de un estatuto europeo sobre las fundaciones (véase la nota al pie anterior), la República de Lituania aduce la impopularidad de las formas jurídicas existentes en la UE como un motivo adicional en contra de la adopción de un estatuto europeo de esta naturaleza.

9. En torno a la actitud proteccionista de (algunos) Estados miembros y su impacto general en el ámbito del derecho de sociedades, véase el amplio e interesante análisis realizado por Armour y Ringe (2011).

2. Estructura y objetivos del Reglamento de la SCE

2.1. Establecimiento de una forma jurídica facultativa de organización empresarial en la UE

El Reglamento de la SCE es un detallado reglamento de la UE que consta de 80 artículos, divididos en apartados numerados y subapartados no numerados, y que a veces incluyen listas de puntos ordenados alfabéticamente. El reglamento va precedido de un preámbulo que consiste de 20 “considerandos”, donde se presentan los antecedentes del reglamento y sus objetivos principales, justificando así la adopción del mismo¹⁰. Concretamente, el considerando 20 del preámbulo declara que “esta forma de organización debe ser facultativa”.

Por lo tanto, el Reglamento de la SCE no reemplaza las legislaciones nacionales sobre las cooperativas, ni impone la utilización de la forma de la SCE para realizar (o reorganizar) una actividad empresarial en el ámbito comunitario.

Al ser un instrumento facultativo, la SCE puede contemplarse como el 29º modelo jurídico cooperativo en Europa (o más bien en la Unión Europea), y más concretamente, una cooperativa sujeta a la legislación europea que puede ser elegida por los ciudadanos de la UE y las entidades jurídicas (no sólo las cooperativas) en lugar de una cooperativa regulada por la legislación nacional¹¹. Esta libertad de elección se ve tan sólo limitada por un requisito transfronterizo, referido a la naturaleza de los fundadores y no a la esencia misma de la actividad, y que realmente puede cumplirse con facilidad¹². De hecho, el apartado 1 del artículo 2 del Reglamento de la SCE – a la hora de regular la constitución de una SCE *ex novo* o mediante la fusión o transformación de cooperativas constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro – requiere respec-

10. Cumpliendo de este modo la obligación impuesta por el artículo 296.2 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): “Los actos jurídicos deberán estar motivados y se referirán a las propuestas, iniciativas, recomendaciones, peticiones o dictámenes previstos por los Tratados”.

11. Cabe destacar, sin embargo, que el Reglamento de la SCE también se aplica a los países integrantes del Espacio Económico Europeo (EEE), a saber, Islandia, Liechtenstein y Noruega y, por lo tanto, también constituye un instrumento facultativo para las personas físicas y entidades jurídicas de estos países.

12. Tan sólo el modo de constitución contemplado en el artículo 2, apartado 1, quinto guión, del Reglamento de la SCE, podría entenderse como que implicara la naturaleza transfronteriza de la actividad económica pero, en realidad, también en este caso, la existencia formal de un establecimiento o filial será suficiente para que se cumpla el requisito jurídico.

tivamente que los fundadores residan en al menos dos Estados miembros y/o, si se trata de sociedades u otras entidades jurídicas, estén reguladas por el ordenamiento jurídico de al menos dos Estados miembros diferentes (1º, 2º y 3º guiones); que las cooperativas que se funden estén reguladas por el ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros (4º guión); y finalmente, que la cooperativa que se transforme haya tenido un establecimiento o una filial regulada por el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años (5º guión)¹³.

Sin embargo, una de las cuestiones que se abordan en este artículo se refiere a si el Reglamento de la SCE da lugar, en efecto, a una forma jurídica de cooperativa de alcance europeo, teniendo en cuenta que el reglamento de la SCE depende en gran medida de (e incluso muchas veces está sometido a) la legislación nacional del Estado miembro en el que la SCE tiene su domicilio social, que acaba así asumiendo un papel clave en la regulación de la SCE (sección 3.1).

2.2. Facilitación de la actividad transfronteriza y del agrupamiento de cooperativas

El carácter facultativo de la SCE refleja la intención del legislador de la UE de no armonizar las leyes cooperativas nacionales sino únicamente de proporcionar un instrumento adicional para promover la actividad transfronteriza de las cooperativas, lo cual podría conducir, como puro efecto colateral, a la difusión del modelo cooperativo de empresa y a una aproximación *de facto* de las leyes cooperativas nacionales.

El principal objetivo del legislador de la Unión Europea fue mejorar el contexto jurídico con el objeto de facilitar el desarrollo de las cooperativas mediante el establecimiento de una forma jurídica supranacional que fuese adecuada para la realización de operaciones transfronterizas entre cooperativas, como se evidencia en el preámbulo que antecede al reglamento. De hecho, en él se precisa clara-

13. Por lo que se refiere al número mínimo de fundadores, la SCE podrá ser constituida *ex novo* por un mínimo de cinco personas físicas (primer guión del art.2.1, RSCE), o por un mínimo de cinco personas físicas y otras entidades jurídicas (segundo guión del art. 2.1, RSCE), o por un mínimo de cinco personas físicas y otras entidades jurídicas (tercer guión del art. 2.1, RSCE); dos, en el caso de constitución por fusión de cooperativas (cuarto guión del art. 2.1, RSCE); mientras que, obviamente, la transformación se refiere a una sociedad cooperativa (quinto guión del art. 2.1, RSCE).

mente, siguiendo una progresión lógica que, “la realización del mercado interior... implica[n], además de la eliminación de los obstáculos a los intercambios, una reestructuración a escala de la Comunidad de las estructuras de producción” (considerando 2); que “el marco jurídico aplicable a la actividad económica dentro de la Comunidad sigue basándose en gran medida en las legislaciones nacionales”, que es una situación que “puede entorpecer de manera considerable las operaciones de agrupamiento entre sociedades sometidas a las legislaciones de los distintos Estados miembros” (considerando 3)¹⁴; que las formas jurídicas de la SE y de la AEIE no se adaptan a las características específicas de las cooperativas (considerandos 4 y 5), mientras que la SCE debería constituir un instrumento jurídico adecuado que permita a las cooperativas actuar fuera de sus fronteras nacionales (considerandos 6 y 12)¹⁵.

Más concretamente, hay indicios de que – aunque, como se ha visto anteriormente, una SCE puede ser también constituida por personas físicas y organizaciones no cooperativas, así como mediante la transformación de una cooperativa constituida con arreglo al ordenamiento jurídico nacional de un Estado miembro – la forma jurídica de la SCE ha sido contemplada por el legislador de la UE principalmente como una posible estructura para la coordinación de cooperativas de distintos países y, en particular, como una cooperativa “secundaria” (o “de segundo grado”) propiedad de cooperativas nacionales o como la estructura resultante de la fusión de las mismas¹⁶. De hecho, el preámbulo que antecede al reglamento hace hincapié sobre la necesidad de que exista un marco jurídico que facilite la cooperación transfronteriza entre cooperativas (considerando 11); el requisito de un capital suscrito mínimo de 30.000 euros para la constitución de

14. Véase también el considerando 11, donde se indica que “la cooperación transfronteriza entre cooperativas tropieza actualmente en la Comunidad con dificultades de orden jurídico y administrativo que conviene eliminar en un mercado sin fronteras”.

15. Además, el legislativo de la UE relaciona explícitamente su intervención a la invitación de las Naciones Unidas en la que insta a todos los Estados a asegurar un entorno propicio en el que las cooperativas puedan participar en igualdad de condiciones con otras formas de empresa, tal como contempla la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 88ª sesión plenaria, el 19 de diciembre de 2001 (A/RES/56/114): véanse los considerandos 6 y la nota 11 al pie de página en el preámbulo al Reglamento de la SCE.

16. Véase el considerando 9 en el preámbulo al Reglamento de la SCE, donde la utilización de la denominación cooperativa “secundaria” o “de segundo grado” hace referencia a una cooperativa integrada a su vez por empresas cooperativas.

una SCE (art. 3.2, RSCE) puede estar justificado en el caso de cooperativas secundarias, pero resulta difícil de comprender en lo que se refiere a cooperativas primarias, particularmente si se tiene en cuenta que dicho requisito no es contemplado por ninguna legislación cooperativa nacional europea¹⁷; la fusión entre cooperativas reguladas por el ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros es una forma jurídica de constitución de una SCE que viene establecida de manera explícita en el Reglamento de la SCE (guión cuarto del art. 2.1., RSCE)¹⁸.

Este artículo destaca el hecho de que este objetivo principal no se ha visto cumplido, como lo demuestra la existencia de un reducido número de SCE (sección 5).

Además, la estructura actual del Reglamento de la SCE ha impedido que se convierta en un instrumento operativo eficaz para las personas físicas que desean cooperar en un mercado único. De hecho, no hay que olvidar que la SCE es – y lo seguirá siendo hasta que se adopte la SPE – la única forma jurídica de organización empresarial en la UE que puede ser constituida por personas físicas que no sean empresarios individuales¹⁹.

Es probable que un Reglamento de la SCE más flexible y no diseñado fundamentalmente para la agrupación de cooperativas de cierta dimensión, hubiera obtenido mejores resultados y hubiese contribuido más a favorecer la visibilidad

17. En realidad, la mayoría de las leyes cooperativas nacionales no exigen la suscripción de un capital mínimo para la constitución de una cooperativa. En los casos en la que se exige dicho capital mínimo, la disposición más estricta en este sentido es de 18.500 euros: véase a este respecto, *Cooperatives Europe et al.* (2010), pp. 126–127, que puede consultarse en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sce_final_study_part_i.pdf. Sin embargo, véase Embid Irujo (2008), p. 52, donde se subraya que “la reducida cifra de capital mínimo exigida por el RSCE puede facilitar y simplificar su fundación, frente a la mayor exigencia de la SE en este punto”.

18. La influencia del Reglamento de la SE es evidente en este sentido. La SE ha sido diseñada claramente como una sociedad de segundo grado, como se deduce, entre otras cosas, de las normas sobre su constitución: véase a este respecto, entre otros, Bianca y Zanardo (2011), p. 135.

19. Efectivamente, las personas físicas pueden constituir una AEIE sólo si desarrollan una actividad industrial, comercial, artesanal o agrícola, o si prestan servicios profesionales o de otra naturaleza, esto es, si son empresarios individuales: véase el art. 4.1 b) del Reglamento de la AEIE; por lo tanto, la AEIE no podría reemplazar a las cooperativas de trabajadores o cooperativas de consumidores y usuarios, sino únicamente a las cooperativas entre sociedades o empresarios individuales. Las personas físicas y los empresarios individuales no están contemplados entre los potenciales fundadores de una SE por el Reglamento de la SE. Por el contrario, en la propuesta de Directiva del Consejo sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea, las personas físicas están contempladas entre los potenciales fundadores de una SPE: véase el art. 3(1) e), COM(2008) 396/3.

de las cooperativas en el mercado comunitario, especialmente en aquellos países de la UE en los que el movimiento cooperativo está menos desarrollado, la legislación cooperativa aplicable está peor adaptada a las cooperativas y la imagen de las cooperativas se encuentra parcialmente eclipsada por la instrumentalización a la que se vieron sometidas por parte de sus gobiernos en el pasado²⁰.

Evidentemente, como se concluye en este artículo, existen otras razones de orden más constitucional que explican los escasos resultados del Reglamento de la SCE. En realidad, la complejidad del Reglamento SCE y el papel fundamental desempeñado por la legislación nacional en la regulación de la SCE, a lo que se suma la ausencia de un tratamiento fiscal específico y común a todas ellas, plantea la siguiente cuestión: ¿por qué deberían las personas físicas y las organizaciones preferir la SCE a una cooperativa sujeta a la legislación nacional?

2.3. Promoción del conocimiento sobre las cooperativas: El valor simbólico del Reglamento de la SCE

En este artículo ya se ha hecho referencia a un fragmento del preámbulo que antecede al Reglamento de la SCE, en el que la creación de este estatuto está justificada por el afán de la Comunidad Europea de garantizar que las cooperativas

20. Se hace referencia aquí a los países miembros de la UE pertenecientes a la antigua Unión Soviética, donde las cooperativas estaban sustancialmente sometidas al control público y eran utilizadas para la aplicación de políticas públicas. Así lo reconoce la Comisión Europea en su Comunicación sobre el fomento de las sociedades cooperativas en Europa, COM (2004) 18 final, de 23 de febrero de 2004, que puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0018:FIN:ES:PDF>, donde se declara que: “En las economías planificadas de Europa central, las cooperativas han encontrado problemas específicos. Aunque a menudo eran la forma de empresa más libre autorizada por los regímenes de planificación centralizada, desde entonces padecen el estigma de estar identificadas con aquellos. Es importante recordar al respecto que las cooperativas pueden contribuir al desarrollo equilibrado de las economías y sociedades de los nuevos Estados miembros y países candidatos” (Ibid., p. 7). Es probable que también sea ésta la razón por la que la Declaración sobre la Identidad Cooperativa de la Alianza Cooperativa Internacional (que puede consultarse en: <http://2012.coop/en/what-co-op/co-operative-identity-values-principles>) hace especial hincapié en el carácter facultativo de la constitución de una sociedad cooperativa, destacando así la naturaleza privada y no pública de una organización cooperativa. Dicha Declaración fue aprobada por la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) en 1995, que reemplazaba la anterior declaración de 1966 (que a su vez reemplazaba la de 1937), y fue respaldada por una resolución de las Naciones Unidas (Resolución nº 56/114 de las Naciones Unidas, aprobada en la 88ª sesión plenaria de la Asamblea General de 19 de diciembre de 2001) y fue plenamente incorporada a la Recomendación nº 193/2002 de 20 de junio de 2002 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (a este respecto, véase Henry” (2013)).

reciban el mismo trato al establecido para las sociedades y de contribuir a su desarrollo económico²¹. En este mismo sentido, pero particularmente en lo relativo a la regulación nacional de las cooperativas, la Comisión Europea, en su siguiente Comunicación de 2004 sobre la promoción de las sociedades cooperativas en Europa, subraya la necesidad de someter las cooperativas a una legislación que no les confiera un tratamiento preferente, sino que, más bien, les garantice igualdad de condiciones con otras formas de empresa²².

De hecho, el Reglamento de la SCE ha contribuido realmente a la defensa y promoción de las cooperativas hasta el punto en que no se puede negar el valor simbólico (y político) del Reglamento de la SCE, como se verá posteriormente en este artículo. Sea cual fuere el número de SCE existentes y el grado de éxito conseguido por el Reglamento de la SCE como instrumento operativo, este valor simbólico por se justifica la existencia del mismo, especialmente si se pretende promover un mercado de carácter plural, integrado por operadores con fines diversos y no sólo con ánimo de lucro en el ámbito de la Unión Europea²³. Estos mismos motivos bastarían para justificar la introducción de nuevas formas jurídicas de organizaciones sin ánimo de lucro de alcance europeo y, más concretamente, de un modelo europeo de empresa social²⁴. El hecho de que no sean llevadas a la práctica no debería pesar más que su significado simbólico y sistemático, el cual es incuestionable, al menos en esta fase de la evolución de la cultura jurídica europea.

21. Véase sección 1, nota al pie 5.

22. Véase COM(2004) 18 final, cit., p. 13.

23. Las ventajas que ofrece este modelo se encuentran recogidas en la Recomendación 193/2002 de la OIT, donde se establece que: “una sociedad equilibrada precisa la existencia de sectores públicos y privados fuertes y de un fuerte sector cooperativo, mutualista y otras organizaciones sociales y no gubernamentales”, y más recientemente en Stiglitz (2009), p. 348: “mi investigación evidenció que era necesario encontrar un equilibrio entre mercados, gobierno y otras instituciones, incluidas aquellas sin ánimo de lucro y las cooperativas, y que los países de mayor éxito eran aquellos que lograban dicho equilibrio”, y añade: “el éxito, en su más amplio sentido, exige la existencia de una economía más equilibrada, de un sistema económico plural con varios pilares que lo sustenten. Debe haber un sector de la economía privado tradicional pero los otros dos pilares no han recibido la atención que merecen: el sector público y la economía cooperativa social, incluidas las mutualidades y las empresas sin ánimo de lucro” (*ivi*, p. 356).

24. Como ha previsto recientemente la Comisión Europea en COM (2011) 682 final de 25 de octubre de 2011: véase la nota al pie 7.

El ejemplo más destacable de este tipo de efectividad del Reglamento de la SCE viene proporcionado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 8 de septiembre de 2011, que resulta de crucial importancia a la hora de entender y justificar el tratamiento específico de las cooperativas, así como de las empresas sociales, dentro de los marcos jurídicos comunitario y nacional²⁵. En esta decisión, de hecho, el Reglamento de la SCE asume un papel decisivo para que el Tribunal declare potencialmente compatible con el derecho comunitario (más concretamente con la regulación de la ayuda estatal) un tratamiento fiscal de las cooperativas que sea diferente de (y más favorable que) el de las otras organizaciones empresariales.

La sentencia del TJUE tiene origen en una petición de decisión prejudicial planteada por la Corte Suprema Italiana (Corte Suprema di Cassazione) según lo establecido en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (antiguo art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea – TCE), y relativa a la compatibilidad con el derecho comunitario de las exenciones fiscales otorgadas por la ley italiana a las sociedades cooperativas de producción y de trabajo. Más concretamente, la Corte Suprema Italiana planteó sustancialmente la cuestión acerca de si estas ventajas podrían considerarse ayuda de Estado y, de ser así, en qué medida en la acepción del art. 107 del TFUE (antiguo art. 87 TCE)²⁶.

El TJUE – si bien reconoce que, por lo general, las exenciones fiscales, como las que aquí nos ocupan, constituyen ayuda de Estado – niega, sin embargo, que dichas medidas sean incompatibles con el derecho de la UE, teniendo en cuenta la diferencia entre las cooperativas y los operadores constituidos como entidades jurídicas con ánimo de lucro, lo que justifica y legitima el tratamiento fiscal distinto y más favorable del que gozan las primeras²⁷.

El Tribunal llegó a esta conclusión fundamentándose en una elaborada sentencia que vale la pena resumir a continuación.

25. Véase Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 8 de Septiembre de 2011 (C-78/08 a C-80/08).

26. Vid. TJUE, 8 de septiembre de 2011, que reformula las cuestiones principales en el apartado 38. Las medidas fiscales aquí tratadas estaban previstas en el art. 11, Decreto Presidencial nº 601/1973. Sobre las principales medidas fiscales aplicables a las cooperativas italianas, véase Fici (2013d).

27. Vid. TJUE, 8 de septiembre 2011, apartado 82 y la resolución definitiva.

En primer lugar, el Tribunal afirma que el art. 107.1, TFUE, no prohíbe la ayuda de Estado sino únicamente las medidas que (i) sean financiadas por el Estado o mediante recursos estatales; (ii) sean selectivas; y que (iii) se repercutan sobre los intercambios comerciales entre Estados miembros distorsionando la competencia²⁸.

El TJUE sostiene, además, que la exención tributaria, “aunque no implique una transferencia de fondos estatales ... constituye una ayuda de Estado”, puesto que coloca “a los beneficiarios de dicha medida en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes”, siendo así “de la misma naturaleza” y teniendo “efectos idénticos” que una subvención. El concepto de ayuda, en efecto, “comprende no sólo las prestaciones positiva ... sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa”²⁹.

Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, no se prohíbe cualquier tipo de ayuda sino únicamente la “ayuda selectiva”. Según el TJUE, para clasificar una ayuda como selectiva, debe apreciarse y determinarse si la medida (fiscal) de que se trate se aparta del régimen (fiscal) “común” o “normal” y, de este modo, “introduce diferenciaciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado al sistema fiscal de dicho Estado miembro, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable”³⁰.

De ahí, el concepto de “selectividad” tiene un carácter relacional en la medida en que conlleva una comparación entre el régimen “común” o “normal” y el “especial” o “específico” que, por lo tanto, está sujeto a prohibición. De ahí la importancia de identificar la norma ordinaria que hace la excepción potencialmente selectiva y, ante todo, de establecer adecuadamente el contexto y las condiciones para la comparación. De hecho, los beneficiarios de dicha medida, que pretende ser selectiva, deben ser “comparables de hecho y de derecho” a los beneficiarios del régimen “normal” porque, de lo contrario, la medida no constituye una ayuda de Estado no autorizada.

28. Vid. TJUE, 8 de septiembre 2011, apartado 43.

29. Vid. TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartados 44–47, donde se hace referencia a jurisprudencia consolidada en la materia.

30. Vid. TJUE, 8 de septiembre 2011, apartado 49, donde también se hace referencia a la jurisprudencia previa.

Por lo tanto, con arreglo a dicha jurisprudencia, el concepto de “selectividad” puede autorizar un tratamiento nacional específico, también de naturaleza fiscal, de empresas distintas de las comunes. Por consiguiente, tal vez sea suficiente con demostrar que las cooperativas difieren de las organizaciones empresariales sujetas al régimen (fiscal) “normal” para concluir que su tratamiento nacional específico no vulnera la prohibición de ayuda de Estado.

Llegado a este punto, el TJUE podría haber finalizado su actuación y confiar a la judicatura nacional el cometido de identificar los rasgos característicos que conforman la forma jurídica cooperativa y que justifican el tratamiento fiscal específico de las cooperativas. Por el contrario, el TJUE continuó su labor de identificar los rasgos característicos de las cooperativas, para lo cual se valió en gran medida del Reglamento de la SCE, justificando así lo expuesto anteriormente sobre el valor “simbólico” y “promocional” de este estatuto de la UE.

Valiéndose del Reglamento de la SCE³¹, el Tribunal fundamenta la distinta identidad de las cooperativas en los siguientes rasgos generales:

(a) La primacía de la persona y la adjudicación desinteresada del activo neto y las reservas en caso de disolución³²;

(b) El fin no lucrativo, puesto que las cooperativas no se gestionan en el interés de inversores externos, sino que actúan en beneficio mutuo de los socios como usuarios, clientes o proveedores para que cada miembro se beneficie de las actividades de la cooperativa en función de su participación en ella y de las transacciones que realiza con ella³³;

(c) El control de las cooperativas “es asumido por sus socios a partes iguales, reflejando así la regla ‘un socio, un voto’”³⁴;

(d) “Las reservas y los activos son, ..., comunes e indivisibles y deben dedicarse al interés común de sus socios”³⁵;

31. En efecto, de este modo el Tribunal también se basa en la Comunicación de 2004 de la Comisión Europea, cit. en nota al pie 20.

32. Vid. TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartado 56.

33. Vid. TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartados 57-58.

34. Vid. TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartado 57.

35. Vid. *Ibidem*.

(e) “La remuneración del capital tomado en préstamo y de las participaciones es limitada”, lo que hace que la inversión en una sociedad cooperativa resulte menos ventajosa³⁶;

(f) El acceso limitado a los mercados de capitales, lo que hace que el desarrollo de las cooperativas dependa de sus fondos propios y de los créditos³⁷; y

(g) El hecho consiguiente que el margen de beneficio de este tipo específico de sociedad sea considerablemente inferior al de las sociedades de capital³⁸.

A la luz de estas consideraciones, el Tribunal concluye lo siguiente: “Es preciso, por tanto, señalar que, en principio, no puede considerarse que las sociedades cooperativas de producción y de trabajo como aquellas de que se trata en los litigios principales se encuentren en una situación de hecho y de derecho comparable a las de las sociedades comerciales”³⁹.

No obstante, el TJUE observa que “las sociedades cooperativas de producción y de trabajo que presentasen características distintas de las inherentes a este tipo de sociedad no perseguirían verdaderamente una finalidad mutualista y deberían, por tanto, considerarse distintas del modelo”⁴⁰.

Este último párrafo podría interpretarse como que establece una limitación específica sobre el órgano jurisdiccional remitente: el tratamiento nacional específico de las cooperativas es justificable con arreglo al derecho comunitario en la medida en que las cooperativas sean reguladas por el derecho nacional de conformidad con los parámetros y criterios utilizados por el TJUE para determinar la identidad cooperativa⁴¹. Si es éste el caso, las medidas nacionales a favor de

36. Vid. TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartado 59.

37. Vid. *Ibidem*.

38. Vid. TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartado 60.

39. Vid. TJUE, 8 de septiembre 2011, apartado 61.

40. Vid. TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartado 62.

41. “De hecho, el TJUE afirma: “En última instancia, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, a la luz del conjunto de circunstancias que caracterizan los litigios sobre los que debe pronunciarse, si, en función de los criterios enunciados en los apartados 55 a 62 de la presente sentencia, las sociedades cooperativas de producción y de trabajo de que se trata en los litigios principales se encuentran, de hecho, en una situación comparable a la de las sociedades con ánimo de lucro sujetas al impuesto sobre sociedades”. Véase TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartado 63. En Italia, la respuesta sería negativa, puesto que la cooperativa de derecho italiano difiere claramente de las sociedades con ánimo de lucro y corresponde sustancialmente al modelo definido por el TJUE.

cooperativas que no contengan las características establecidas por el TJUE en virtud del Reglamento de la SCE violarían el apartado 1 del artículo 107 del TFUE.

Esta interpretación tendría como consecuencia un efecto importante, y tal vez involuntario, que confirma la centralidad del Reglamento de la SCE. De hecho, los Estados miembros que desean (o están obligados por ley) a conceder un tratamiento específico a las cooperativas (por ejemplo, en materia de fiscalidad)⁴², o a preservar el ya existente, tendrían que adaptar sus legislaciones cooperativas al Reglamento de la SCE. Esto podría conducir a una aproximación *de facto* del derecho cooperativo en Europa, que además, de manera apropiada, se centraría (no en todos los aspectos potenciales de una regulación cooperativa, sino únicamente) en la “esencia” de una cooperativa, a saber, en sus rasgos característicos frente a otros tipos de organizaciones empresariales⁴³.

2.3.1. *El Tratamiento igualitario de las cooperativas de acuerdo con la legislación comunitaria*

En la sección anterior se ha visto que el derecho, incluido el derecho comunitario, puede dispensar a las cooperativas un trato igualitario – como desean las instituciones comunitarias – tan sólo diferenciando su régimen del de otras orga-

42. Inevitablemente – como la sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2011 se inclina por mantener medidas de carácter nacional en favor de cooperativas potencialmente compatibles con el derecho comunitario – esto puede considerarse como un incentivo en este sentido. Asimismo, cabe destacar que, teniendo en cuenta lo que diferencia a una cooperativa, el tratamiento especial de las cooperativas no constituiría un “escándalo” sino una simple aplicación del principio de trato igualitario interpretado sustancialmente de un modo adecuado, en el sentido de que situaciones diferentes exigen normativas distintas. A ello hay que añadir que el apoyo público de las cooperativas contribuiría a promover el pluralismo de mercado.

43. Otro aspecto de la sentencia que debe mencionarse es que, según el TJUE, las exenciones fiscales han de encontrar justificación en la naturaleza o en la estructura general del sistema en el que se inscriben (TJUE, 8 de septiembre de 2011, apartado 64 y ss.). En lo que se refiere al menos al sistema jurídico italiano, esta justificación puede hallarse fácilmente en muchas disposiciones de la Constitución italiana; en primer lugar, el art. 45, en el que se obliga, y no sólo se autoriza, al legislativo italiano a que promueva las cooperativas (véase Fici 2013d); en segundo lugar, el art. 3.2 y el art. 53, en los que se permite un tratamiento fiscal diferente para cada situación distinta; en tercer lugar, el art. 2, sobre las organizaciones que contribuyen al desarrollo de la personalidad humana, como son las cooperativas (véase Fici (2011), pp. 33 y ss).

nizaciones empresariales cuando concurren especificidades de las cooperativas que requieran una consideración especial⁴⁴.

No cabe duda de que la sentencia del TJUE resulta esclarecedora en este sentido, dado que declara compatible con el derecho comunitario un tratamiento específico de las cooperativas por parte del derecho fiscal nacional, incluso si este tratamiento es más favorable que el aplicado de forma general, y siempre que las cooperativas nacionales, que de este modo resultan beneficiadas, no sean comparables con las organizaciones empresariales sujetas al régimen ordinario.

A este respecto, debe destacarse además que, cuando concurren estas circunstancias y una cooperativa está sujeta a un régimen específico, dicho régimen no puede y no debería considerarse “preferente” ni “especial” como si se tratara de algo excepcional, sino solamente “particular” o “específico”, dado que simplemente regula la cuestión de la que se trata con arreglo a su naturaleza específica. Por lo tanto, este tratamiento podrá resultar más o menos favorable que el ordinario, lo que sería sólo una consecuencia *de facto* de normas coherentes con la cuestión que regulan. Para que esto sea así, resulta indispensable que los legisladores tomen conciencia de la naturaleza de la cuestión a tratar y, en este caso, de las cooperativas.

Como se ha observado anteriormente, el Reglamento de la SCE, particularmente tras la sentencia del TJUE de 2011, contribuye de modo significativo a un mejor conocimiento de las cooperativas.

Sin embargo, la impresión general es que las instituciones comunitarias no se han percatado totalmente de los rasgos diferenciales de las cooperativas, a pesar del RSCE y de la decisión del TJUE, y de las declaraciones hechas en la Comunicación de 2004 de la Comisión sobre el fomento de las cooperativas en Europa.

Otra muestra de lo anterior es la reciente Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una Base Imponible Consolidada Común del Impuesto de Sociedades (BICIS), en la que las cooperativas (incluidas las SCE) son completamente ignoradas⁴⁵.

44. De lo contrario, no hay lógicamente razón alguna para sustraer a las cooperativas del régimen ordinario o común aplicable a las organizaciones empresariales y sociedades.

45. Véase la Propuesta de Directiva relativa a una Base Consolidada Común del Impuesto de Sociedades (BICIS), COM (2011) 121 final, de 16 de marzo de 2011, que puede consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0121&from=ES>.

La propuesta de la Comisión tiene como objeto establecer una base imponible común para determinadas sociedades y grupos de sociedades, mediante reglas específicas para el cálculo y la utilización de dicha base.

El régimen propuesto por la Comisión: (i) es facultativo y alternativo al derecho nacional; (ii) no se refiere a la armonización de los tipos de gravamen, sino únicamente a la base a la que se aplican; (iii) es de aplicación a diferentes tipos de sociedades incluyendo las cooperativas⁴⁶.

La directiva propuesta introduciría normas para determinar la base del impuesto sobre sociedades que no estarían en consonancia con la naturaleza específica de las cooperativas, la cual – según la perspectiva descrita anteriormente en este artículo – requeriría unas disposiciones concretas dentro de la propuesta que sean destinadas específicamente a las cooperativas (y a las SCE).

Concretamente, dos disposiciones de la propuesta BICCIS son ilustrativas de esta cuestión.

La primera es el artículo 15 sobre “Los gastos efectuados en beneficio de los accionistas”, que establece que: “las prestaciones concedidas a un accionista que sea una persona física, o a su cónyuge, ascendiente o descendiente en primer grado o empresas asociadas, y que participe directa o indirectamente en la gestión, el control o el capital del sujeto pasivo, tal como dispone el artículo 78, no tendrán la consideración de gastos deducibles en la medida en que dichas prestaciones no se otorgarían a un tercero independiente”. La norma del artículo 15 resulta claramente injustificada cuando se considera con respecto a las sociedades cooperativas, dado que el principal objetivo de las cooperativas es la producción de prestaciones para sus miembros como usuarios, clientes o proveedores⁴⁷. Evidentemente, la interpretación que se haga del mismo podría remediarlo en la medida en que se considere el artículo arriba mencionado no aplicable a las cooperativas, no pudiendo los socios cooperativistas ser calificados como “accionistas”, y pareciendo la norma claramente diseñada para las sociedades de inversores. No obstante, el hecho de no tomar en consideración a las cooperativas en esta disposición sigue constituyendo una muestra de negligencia legislativa injustificable.

La segunda es el artículo 14.1 c), que califica como gastos no deducibles “la transferencia de los beneficios no distribuidos a una reserva que forme parte de

46. Véase COM(2001) 121 final, cit., art. 2 y anexo 1.

47. Véase al respecto Fici (2013a).

los recursos propios de la sociedad”, contradiciendo así el régimen fiscal aplicado actualmente en varios Estados miembros a las reservas indivisibles establecidas por las cooperativas, e ignorando de este modo que el Derecho cooperativo normalmente obliga a las cooperativas a establecer reservas indivisibles⁴⁸.

Las normas arriba mencionadas pondrían en serio peligro el tratamiento favorable establecido por muchos sistemas fiscales nacionales para las cooperativas, dado que “cuando una sociedad cumpla los requisitos de admisibilidad y opte por aplicar el régimen previsto en la presente Directiva, dejará de estar sujeta a las disposiciones nacionales en materia de impuesto sobre sociedades en relación con todos los aspectos regulados por la misma, salvo que se especifique lo contrario” (art.7)⁴⁹. O al menos – si la normativa propuesta fuese finalmente facultativa, como se concibe actualmente – esto haría que la directiva propuesta no tuviese ninguna utilidad para las cooperativas, privándolas así de la oportunidad que se concede a las sociedades, y violando el principio de igualdad de trato.

El ejemplo de la propuesta BICCIS ilustra que, a pesar de las declaraciones de principio, el conocimiento de la diversidad cooperativa por parte del legislador comunitario continúa siendo limitada, lo que hace que la igualdad de trato para las cooperativas con arreglo al derecho comunitario sea algo por lo que el movimiento cooperativo tenga aún que seguir luchando por conseguir.

2.4. Aproximación del derecho cooperativo nacional

El Reglamento de la SCE fue concebido por el legislador de la UE como una solución al problema de la diversidad entre las legislaciones cooperativas nacionales, considerada como un obstáculo significativo a la actividad transfronteriza de las cooperativas y, por ende, a la construcción del mercado único: esto se deduce claramente del preámbulo que antecede al RSCE⁵⁰.

48. Véase al respecto Fici (2013a).

49. Este sería particularmente el caso si la directiva estableciera normas obligatorias y no facultativas, lo que constituye una alternativa que no es del todo ignorada por el PE, especialmente en lo que se refiere a las formas europeas: la SE y la SCE (véase la resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 19 de abril 2012).

50. Véanse, en concreto, los considerandos 2º, 3º, y 6º. Véase también COM (2004) 18 final, cit., p. 12: “Esta heterogeneidad [en la legislación que rige las cooperativas] puede obstaculizar el funcionamiento eficaz de las cooperativas a escala transfronteriza o europea, al no estar claramente definidos los derechos y las obligaciones de los socios, dirigentes y terceros”.

De hecho, la variedad entre las leyes nacionales sobre las cooperativas en Europa es innegable y, además, enorme⁵¹. Pero, en teoría, existen distintas soluciones para hacer frente a los problemas derivados de esta diversidad que resultan más inmediatas que una regulación supranacional como el RSCE, como lo son, principalmente, las directivas de armonización.

A este respecto, cabe recordar que dos de las disposiciones del TFUE hacen mención a las cooperativas: el art. 54.2, que incluye a las cooperativas entre las “sociedades” cuya libertad de constitución está garantizada por la legislación comunitaria⁵²; y el art. 50.2, g)⁵³. Esta última disposición ha constituido la base de las directivas de armonización en el ámbito del derecho de sociedades, mientras que, a pesar de referirse también a las cooperativas, no ha sido utilizada para armonizar la legislación cooperativa, a despecho de la gran diversidad de leyes cooperativas nacionales en la Unión Europea, lo que hace ciertamente perceptible la cuestión de la protección equivalente de los intereses de socios y terceros en toda la Unión⁵⁴.

51. Véase Fici (2013b), p. 37 y ss.

52. Los apartados 1 y 2 del artículo 54 TFUE (antiguo art. 48 TCE) establecen: (1) “Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión Europea quedarán equiparadas, a efectos de aplicación del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros”. (2) “Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”.

53. El apartado 2 del art. 50 TFUE (antiguo art. 44 TCE) estipula: “El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular: ... g) coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del Artículo 54, para proteger los intereses de socios y terceros”.

54. Cabe señalar que, si el art. 50.2, g), TFUE, fuera aplicado a las cooperativas, asumiría un sentido más amplio y, en parte, diferente con respecto a su aplicación a las demás sociedades. En las cooperativas, los intereses que deben salvaguardarse no son únicamente los de los acreedores, sino también los de aquellos interesados en adquirir la condición de miembro, a la luz del principio cooperativo de “puertas abiertas”. Del mismo modo, los intereses de los socios de la cooperativa no son exclusivamente económicos, lo que implica que la armonización del derecho cooperativo mediante directivas, si se contemplara alguna vez, no podría limitarse a los aspectos financieros de la normativa sobre las cooperativas, sino que debería tener en cuenta también otros aspectos de carácter no financiero.

No existe ningún tipo de directivas europea de armonización en el ámbito del derecho cooperativo⁵⁵, ni parece previsible o normalmente aconsejable que las haya, como se deriva de la observación de los últimos progresos en la armonización del derecho de sociedades y de las características de las leyes cooperativas que han de ser objeto de armonización.

El proceso de armonización del derecho de sociedades en Europa se ha desarrollado en distintas fases.

Tras unos comienzos difíciles en los años sesenta, donde sólo se aprobó una directiva⁵⁶, las dos décadas posteriores se caracterizaron por un fuerte activismo legislativo que condujo a la adopción de la mayoría de las directivas de armonización existentes⁵⁷.

55. Las cooperativas son pocas veces abordadas por las directivas sobre el derecho de sociedades y, principalmente, con el fin de que los Estados miembros puedan eximir a las cooperativas de su aplicación: véase el art. 1.2 de la Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, sobre la constitución de la sociedad anónima, mantenimiento y modificaciones de su capital, modificada por última vez por la Directiva 2009/109/CE, de 16 de septiembre de 2009, donde se establece que “los Estados miembros podrán decidir no aplicar la presente Directiva (...) a las cooperativas constituidas bajo una de las formas de sociedades indicadas en el apartado 1. En la medida en que las legislaciones de los Estados miembros hagan uso de esta facultad, comunicarán a estas sociedades la obligación de incluir la palabra (...) “cooperativa” en todos los documentos indicados en el artículo 4 de la Directiva 68/151/CEE”; el art 1.2 de la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones (nacionales) de sociedades anónimas, modificada en varias ocasiones y finalmente derogada y sustituida por la Directiva 2011/35/UE, que declara que: “Los Estados miembros podrán no aplicar la presente Directiva a las sociedades cooperativas constituidas como una de las formas de sociedades indicadas en el apartado 1. En la medida en que las legislaciones de los Estados miembros hagan uso de esta facultad, comunicarán a estas sociedades la obligación de incluir la palabra “cooperativa” en todos los documentos mencionados en el artículo 5 de la Directiva 2009/101/CE”; el art. 1.14 y el art. 3.4 b) de la Octava Directiva 84/253/CEE del Consejo, de 10 de abril de 1984, relativa a los auditores, derogada y sustituida por la Directiva 2006/43/CE, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, que tratan así de adaptar la regulación de la auditoría a las especificidades del movimiento cooperativo, sobre todo en algunos países. Para más referencias a las cooperativas en las directivas de la UE, véanse las notas 59 y 62 al pie de página.

56. Véase la Primera Directiva 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968, relativa a la divulgación obligatoria de los documentos y los datos de las sociedades, la validez de los compromisos y la nulidad de las sociedades, hoy derogada y sustituida por la Directiva 2009/101/CE, de 16 de septiembre de 2009.

57. Los principales argumentos a favor de este ambicioso programa de armonización de los derechos societarios nacionales fueron la reducción de los costes asociados a las actividades transfronterizas y la preocupación por no caer en una “competición a la baja” (*race to the bottom*) como consecuencia de una “búsqueda del foro más favorable” (*forum shopping*) que presiona a los Estados miembros para que hagan sus leyes de sociedades menos restrictivas: véase Armour, Ringe (2011).

Posteriormente, el proceso se estancó. Los principales obstáculos fueron la propuesta de la Quinta Directiva sobre el gobierno corporativo⁵⁸, la Novena Directiva sobre los grupos de empresas, y la Decimocuarta Directiva sobre el traslado transfronterizo del domicilio social⁵⁹.

La década de los 90 fueron años durante los que se modificaron las directivas existentes y se reflexionó sobre los fines y el alcance del proceso de armonización.

Con la llegada del nuevo milenio, el proceso se ha reiniciado pero, al parecer, fundamentado en nuevas bases. En particular, la estrategia de la UE en lo que se refiere al derecho de sociedades ha cambiado a raíz del Plan de Acción de 2003, que a su vez se basaba en el informe de 2002 del Alto Grupo de Expertos en Derecho de Sociedades⁶⁰. La armonización comenzó a considerarse no ya un fin en sí misma, sino un bien instrumental, que se valora por su capacidad para mejorar la eficiencia del funcionamiento empresarial⁶¹.

Esto condujo a un enfoque minimalista hacia el derecho europeo de las sociedades: las directivas armonizadoras deberían adoptarse sólo en la medida en que ello sea deseable para las empresas y concentrarse, sobre todo, en las cuestiones transfronterizas en virtud del principio de subsidiariedad. Además, este nuevo enfoque debería implicar un mayor uso de normas derogables (*default rules*) y de

58. Que fue posteriormente retirada por COM(2001) 763 final/2, de 21 de diciembre de 2001.

59. Cf. Armour, Ringe (2011), p. 4. Véanse el *Feedback Statement* de la CE, de 15 de noviembre de 2011, que proporciona el resumen de las respuestas al Libro Verde sobre la estructura de gobierno corporativo de la UE en: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/20111115-feedback-statement_en.pdf; la 13ª Directiva 2004/25/CE, de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición, menciona a las cooperativas en el apartado 7 del artículo 11, al excluirlas expresamente del ámbito de aplicación del art. 7; y la 10ª propuesta de directiva que fue retirada por COM(2001) 763 final, de 11 de diciembre de 2001, pero véase posteriormente la Directiva 2005/56/CE de 26 de octubre de 2005, sobre las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, modificada por última vez por la Directiva 2012/17/ UE, de 13 de junio de 2012, la cual se ocupa de las cooperativas en el art. 3.2 que establece que: “Los Estados miembros podrán decidir no aplicar la presente Directiva a las fusiones transfronterizas en que participe una sociedad cooperativa incluso en los casos en que ésta se vea cubierta por la definición de ‘sociedad de responsabilidad limitada’ según lo establecido en el artículo 2.1”.

60. Véase COM (2003) 284 final. El Informe de 2002 del Grupo de Expertos de Alto Nivel en Derecho de Sociedades está disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf.

61. Véase, a este respecto, Armour y Ringe (2011), p. 2.

opciones, en desarrollo de la idea de que la legislación de la UE debería conferir poderes a los legisladores nacionales y no limitarlos⁶².

En el mismo sentido, la legislación comunitaria debería concentrarse en la libertad de las partes para designar la ley aplicable, a fin de fomentar la competencia entre los Estados miembros para mejorar su legislación nacional, tanto con objeto de evitar la emigración de empresas nacionales (competencia pasiva) como para atraer a empresas extranjeras (competencia activa)⁶³. La expectativa es que esta estrategia podría conducir a la aproximación de las leyes de sociedades, aunque siguiendo una ruta diferente, esto es, de abajo hacia arriba y no de arriba hacia abajo, como en el caso de las directivas.

Reiterando, esta nueva estrategia – sometida de nuevo a revisión recientemente, dado que a principios de 2012 la Comisión puso en marcha una nueva consulta pública sobre el futuro del derecho de las sociedades de la UE, cuyos resultados se presentaron en un informe de julio de 2012⁶⁴ – muestra la transición desde un enfoque de la armonización “de arriba hacia abajo” hacia una armonización “desde abajo hacia arriba” – lo que probablemente refleja una visión menos optimista de la integración europea. Existen diferencias en la normativa de sociedades en Europa, y todo apunta a que los Estados miembros no desean unificarlas. Por lo tanto, la única posibilidad para las instituciones de la UE es explorar

62. A modo de ejemplos de este enfoque, véanse la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio de 2007, sobre determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas; esta directiva trata de las cooperativas en el art.1.3 c), que indica que los Estados miembros pueden eximir a las sociedades cooperativas de la presente Directiva; y la Directiva 2012/17/UE, de 13 de junio de 2012, que trata de la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades.

63. Esta tendencia se vio favorecida por la jurisprudencia del TJUE sobre la libertad de establecimiento (comenzando con *Centros* en 1999). *Armour y Ringe* (2011), pp. 6-16, ofrecen un interesante resumen de las decisiones más importantes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la libertad de establecimiento, desde el *Daily Mail* en 1988 a *Cartesio* en 2008. Ahora, en *Vale* (TJUE, 12 de julio de 2012, C-378/2010), el TJUE establece que: “Los artículos 49 TFUE y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que, a la vez que prevé para las sociedades nacionales la facultad de transformarse, no permite, de manera general, la transformación de una sociedad de otro Estado miembro en sociedad nacional mediante la constitución de esta última”. ¿Supone esto el fin de la cuestión de la movilidad de sociedades? ¿Hace esto inútiles las disposiciones sobre la libertad de transferencia de la sede social en los reglamentos sobre la SE y la SCE, que, por otra parte, son reglamentos engorrosos?

64. Véase el *feedback statement* de la CE “Resumen de las respuestas a la consulta pública sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo”, y el subsiguiente Plan de Acción: Derecho de sociedades europeo y el Gobierno Corporativo COM (2012) 740 final, de 12 de diciembre de 2012.

formas indirectas de armonización, cuyo éxito y resultados, sin embargo, resultan inciertos.

Volviendo la atención hacia el derecho cooperativo, los obstáculos para la armonización mediante directivas son aún mayores si se tienen en cuenta los siguientes aspectos.

Antes que nada, las leyes nacionales sobre las cooperativas difieren mucho entre sí, no sólo considerando sus características generales o aspectos de menor importancia de la regulación, sino el concepto mismo de cooperativa que adoptan. Probablemente, la única regla uniforme en Europa es la variabilidad del capital de las cooperativas. No todas las leyes cooperativas en Europa reconocen a las cooperativas como organizaciones empresariales de titularidad de sus usuarios o como organizaciones democráticas, y no todas las leyes cooperativas en Europa prevén una forma específica de distribución de beneficios (de carácter no capitalista); por no hablar de cuestiones más sutiles, como la asignación de útiles a reservas y la devolución de los activos residuales en caso de disolución, donde la variedad es aún mayor⁶⁵.

En segundo lugar, el movimiento cooperativo no estaría a favor de tal proceso. Considera que las instituciones de la UE no tienen suficiente conocimiento de las cooperativas y, por lo tanto, que una armonización de arriba hacia abajo podría generar problemas. Lo señalado anteriormente en este artículo, en lo relativo a la propuesta de directiva sobre BICCIS, parece ser un argumento lo suficientemente válido a favor de esta idea.

En tercer lugar y, en consecuencia, como ya se ha señalado anteriormente con respecto al derecho de las sociedades, la Comisión no es partidaria de armonizar a través de directivas si tal armonización no es apreciada por las propias sociedades, o sus representantes, cuya normativa debería ser objeto de armonización.

En conclusión, el RSCE – al igual que el RSE – constituye el resultado lógico de la perspectiva institucional más reciente en lo que se refiere a la armonización. Al tener un carácter supletorio y facultativo, el RSCE no constituye evidentemente un instrumento de armonización⁶⁶, sino una solución indirecta a los

65. A este respecto, véase Fici (2013b).

66. Esto justifica el hecho de que el RSCE se fundamente en el art. 352 TJUE, en lugar de en el art. 114 TFEU; véase TJUE, 2 de mayo de 2006 (C-436/03), donde el Tribunal sostiene que el Reglamento

problemas generados por la diversidad de leyes cooperativas⁶⁷. Un instrumento de esta naturaleza podría, como mucho, tener un efecto indirecto de aproximación, como espera la Comisión⁶⁸. De hecho, debido al gran número de referencias al derecho nacional, el RSCE parece, en principio, ser tendente a favorecer la aproximación indirecta de las normativas más por efecto de competencia horizontal entre los Estados miembros que por efecto de competencia vertical entre derecho comunitario y derecho nacional⁶⁹. En cualquier caso, hasta el momento no hay suficientes pruebas de este efecto de aproximación, como se verá en este artículo más adelante (sección 5).

“tiene como objetivo establecer una forma jurídica nueva que se superponga a las formas nacionales de sociedades cooperativas” (punto 40); “deja intactas las distintas normativas nacionales existentes” (punto 44); y, por lo tanto “no puede considerarse que tenga por objeto aproximar las legislaciones de los Estados miembros aplicables a las sociedades cooperativas, sino crear una nueva forma de sociedad cooperativa que se superpone a las nacionales” (punto 44). Además, el Tribunal establece que: “no desvirtúa esta información que el Reglamento impugnado no fije de manera exhaustiva el conjunto de normas aplicables a las sociedades cooperativas europeas y remita, en algunos extremos, al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio tenga su domicilio social la sociedad cooperativa europea, dado que esta remisión tiene ... carácter subsidiario” (punto 45).

67. Según Bonfante (2006), p. 4: “En realidad, la adopción del RSCE representa una especie de retroceso ante la imposibilidad de aprobar una directiva para la armonización de las leyes cooperativas nacionales: dicha imposibilidad tiene su origen en las profundas divergencias entre las tipologías de modelos europeos de cooperativa” [traducción del autor].

68. Véase COM (2004) 18 final, cit., p. 15: “Se espera que el Reglamento tenga un efecto de armonización indirecto y progresivo al convertirse en referencia de futuras normativas, en particular en los nuevos Estados miembros y en los países candidatos”. En el informe de 2002 del Alto Grupo de Expertos en Derecho de Sociedades, Capítulo VIII, pp. 121-122, se hace constar: “Es interesante observar las relaciones que se establecen entre la SCE y las formas nacionales de cooperativas. ¿Se utilizará la SCE realmente para las reestructuraciones y la creación de empresas conjuntas transnacionales? Si es así, esto podría reforzar la competitividad de las cooperativas. Pero también puede suceder que la SCE provoque una armonización *de facto* con respecto al hecho de que las formas nacionales siguen aún sujetas principalmente a las normas nacionales. En otros términos, la SCE podría competir con las formas nacionales de cooperativas al ser el instrumento más eficaz para organizar la actividad económica. Esto podría llevar potencialmente a un desequilibrio entre las formas jurídicas nacionales y la SCE”.

69. Esto plantea los siguientes interrogantes: ¿Puede haber competencia horizontal sin que exista una competencia vertical? ¿Constituye la competencia vertical (derecho europeo frente al derecho nacional) una condición previa para que exista una competencia horizontal? Estas cuestiones no han sido aún desarrolladas por la doctrina científica y requerirían una mayor consideración.

3. Las fuentes del derecho de la SCE

El análisis del RSCE desde la perspectiva de las fuentes del derecho de la SCE es fundamental para entender su verdadera esencia y su posible función en la evolución del derecho cooperativo en Europa y, sobre todo, en la práctica de las operaciones transfronterizas entre cooperativas⁷⁰.

El RSCE – siguiendo el ejemplo del RSE, aunque tal vez en mayor medida – no constituye una normativa independiente y completamente paneuropea: de hecho, las SCE están en gran medida sujetas al derecho nacional del Estado miembro en que tengan su domicilio social⁷¹. El derecho nacional desempeña distintas funciones en la regulación de la SCE: no sólo colma las lagunas existentes en el derecho comunitario, sino que, en muchos casos, tiene prevalencia sobre ello, excluyendo o condicionando su aplicación.

El grado de libertad de autoregulación por medio de los estatutos de la SCE dependerá del margen dejado tanto por el RSCE como por la legislación nacional aplicable⁷².

Una consecuencia inevitable de ello es que, en realidad, no existe una única cooperativa europea sino 28 SCE, equivalentes al número de Estados miembros⁷³. A continuación, se examinarán en más detalle los puntos abordados anteriormente.

70. La mayoría de las cuestiones abordadas en esta sección han sido analizadas en más detalle por el autor de este artículo en *Cooperatives Europe et al.* (2010), parte I; véase también Fici (2013c).

71. Según establece el art. 6 del RSCE, el domicilio social de la SCE deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central (la teoría de la “sede real”: véase el considerando 14º del preámbulo del RSCE). Además, un Estado miembro – al ejercer una “opción”: véase más adelante en el artículo – podrá imponer a las SCE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar. El artículo 11.1 del RSCE, establece que toda SCE deberá estar registrada en el Estado miembro de su domicilio social, en el registro que señale la legislación de ese Estado miembro de conformidad con la legislación aplicable a las sociedades anónimas. De hecho, contrariamente a esta disposición, los Estados miembros en los que existe un registro específico de cooperativas, han designado al registro de cooperativas como registro de las SCE: véase *Cooperatives Europe et al.* (2010), parte I, pp. 76–77.

72. Véase el art. 5.1 del RSCE, en virtud del cual, la palabra “estatutos” designará a la vez el acto constitutivo y, cuando constituyan un acto separado, los estatutos propiamente dichos de la SCE.

73. Más concretamente, 31 SCE, dado que, como se ha señalado anteriormente, el RSCE también se aplica a los países miembros del EEE: véase la nota 11 al pie de página.

El art. 8.1 del RSCE, establece que “las SCE se regirán:

- a) por lo dispuesto en el presente Reglamento;
- b) cuando el presente Reglamento lo autorice expresamente, por las disposiciones de los estatutos de la SCE;
- c) respecto de las materias no reguladas por el presente Reglamento o, si se trata de materias reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos por el presente Reglamento:
 - i) por la legislación que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SCE,
 - ii) por las leyes de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad cooperativa constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social,
 - iii) por las disposiciones de los estatutos, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades cooperativas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social”.

Este artículo merece examinarse detenidamente a la luz de las cuestiones que plantea.

3.1. El papel predominante y multifacético del derecho nacional en la regulación de la SCE

De acuerdo con el art. 8.1 del RSCE, dicho Reglamento ocupa formalmente el primer lugar en la jerarquía de las fuentes del derecho de la SCE, mientras que el derecho nacional (de la SCE registrada) ocupa el segundo lugar, dado que se aplica únicamente respecto de las materias no reguladas o de los aspectos no cubiertos por el RSCE. De ahí, en virtud del artículo 8, aunque el RSCE no es la única fuente de derecho de la SCE, sí constituye la principal, lo que significa que la SCE podría tener una configuración diferente de la cooperativa del Estado miembro en el que está registrada.

Sin embargo, la realidad es bien distinta. De hecho, en todo el Reglamento de la SCE hay 101 referencias específicas a la legislación nacional, además de la disposición general establecida en el art. 8.1 c): esto reduce significativamente el ámbito de la materia regulada por el RSCE⁷⁴.

74. Se contabilizaron un total de 101 referencias en Cooperatives Europe et al. (2010), parte I, p. 55.

Además, entre estas referencias específicas, hay algunas referencias que –contrariamente a la disposición general del art. 8.1 – dan prioridad al derecho nacional a la hora de definir cuestiones o aspectos fundamentales del régimen de las SCE. Esto se manifiesta de diversas formas, que convergen para dar predominancia al derecho nacional en la regulación de la materia.

(i) En los casos más sencillos, el RSCE establece una norma que se aplica únicamente en ausencia de una disposición de derecho nacional diferente. Un ejemplo lo constituye el artículo 54.1 del RSCE⁷⁵.

(ii) En otros casos, el RSCE concede a los estatutos de la SCE la facultad de regular un determinado aspecto de un modo concreto, que la SCE puede ejercer sólo si la legislación nacional del Estado miembro así se lo permita o no disponga lo contrario. Por ejemplo, el artículo 14.1 (2), establece que “cuando la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SCE lo permita, los estatutos podrán prever la admisión, en calidad de socios inversores (no usuarios), de personas que no tengan intención de utilizar o de producir los bienes y servicios de la SCE”. Por lo tanto, la admisibilidad de socios inversores en una SCE depende de la existencia de normas de derecho nacional que permitan (de forma directa, o estableciendo que los estatutos puedan prever su admisión) socios inversores en una cooperativa constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro⁷⁶. Otro ejemplo viene dado por el artículo 4.1 (1)⁷⁷.

(iii) En otros casos relativamente diferentes, el RSCE autoriza a los estatutos de la SCE a que regulen una cuestión “sin perjuicio de las disposiciones obligatorias de las legislaciones nacionales”, como establece, por ejemplo, el artículo 65.1, relativo al reparto de los excedentes del balance de fin de ejercicio⁷⁸.

75. El art. 54.1 del RSCE establece: “Una SCE convocará una asamblea general al menos una vez cada año civil, dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio, excepto en caso de que la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SCE aplicable a las cooperativas que ejerzan el mismo tipo de actividad que la SCE establezca una frecuencia mayor”.

76. Y, debe añadirse, sólo en la medida en que la admisión de socios inversores esté permitida.

77. “Los estatutos de una SCE podrán establecer, en el sentido del artículo 48 del Tratado, que una sociedad pueda ser miembro de uno de sus órganos, excepto cuando la legislación aplicable a las cooperativas del Estado miembro donde esté domiciliada la SCE disponga lo contrario”.

78. En virtud del art. 65.1, RSCE: “Sin perjuicio de las disposiciones obligatorias de las legislaciones nacionales, los estatutos determinarán las reglas para el reparto de los excedentes del balance de fin de ejercicio”.

(iv) Como ejemplo de un grupo de casos más complejos cabe citar el artículo 75.1, RSCE. La norma comunitaria es que, en caso de disolución de una SCE, el activo neto se adjudicará con arreglo al principio de adjudicación desinteresada. Sin embargo, “cuando lo permita la legislación del Estado miembro”, el activo neto se podrá adjudicar por un sistema alternativo estipulado en los estatutos de la SCE⁷⁹.

Algunas de las 101 referencias al derecho nacional deberían ser clasificadas, más concretamente, como “opciones” puesto que permiten que los Estados miembros establezcan normas relativas a las SCE que, o bien difieran, o tengan un carácter supletorio con respecto a las previstas en el RSCE, de modo que la regulación de una SCE emana del RSCE si la opción no es ejercida por el Estado miembro⁸⁰.

Por lo general, una opción se presenta, y puede reconocerse, por la fórmula “un Estado miembro podrá imponer/establecer/determinar, etc.”, como en el paradigmático ejemplo del artículo 6, RSCE⁸¹. Sin embargo, no resulta sencillo establecer que una referencia constituye una opción en el sentido estricto que aquí se ha adoptado. Por ejemplo, a lo largo de este artículo ya se ha mencionado el artículo 14.1, párrafo segundo, sobre la admisibilidad de los socios inversores en una SCE. Donde este último artículo hace referencia a una autorización existente en la legislación del Estado miembro, parece aludir simplemente a la legislación nacional existente y no atribuir una opción al Estado miembro. Sin embargo, un Estado miembro podría aprobar una norma específica que esta-

79. Otro ejemplo viene dado por el art. 64.3, según el cual, “De conformidad con la legislación del Estado miembro con respecto a las cooperativas, los estatutos de la SCE podrán fijar condiciones particulares para poder ser elegido miembro del órgano de administración”.

80. *Cooperatives Europe et al.* (2010), parte I, pp. 59 y ss., presenta el estado de aplicación de las opciones por parte de los Estados miembros y de los países integrantes del EEE, comparándolo también con el relativo a las opciones presentes en el RSE, como se deriva del estudio realizado por Ernst & Young: “Estudio sobre el funcionamiento y los efectos del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea” de 2009.

81. “El domicilio social de una SCE deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central. Además, los Estados miembros podrán imponer a las SCE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar”. Véase, también, entre otros, el art. 27.4 y el art. 39.4. *Cooperatives Europe et al.* (2010), parte I, p. 59, identifica 30 opciones en total; este estudio ofrece, además, una clasificación de dichas opciones de acuerdo con su objeto (ivi, pp. 58–59).

blezca que las SCE podrán admitir socios inversores⁸², “convirtiendo” de este modo una referencia simple en una “opción”⁸³.

Además de ser un instrumento analítico potencialmente engañoso, la categoría de las opciones da lugar a una cuestión problemática.

No resulta claro si, para poder aplicar la legislación nacional en presencia de una opción, dicha opción debe ser ejercida específicamente por el Estado miembro o esto no es necesario, permitiendo así la aplicación de normas nacionales que no se refieran particularmente a la SCE. Por ejemplo, en el caso del artículo 2.2, cabría preguntarse si debe interpretarse en el sentido de que es necesario que haya una disposición nacional específica relativa a la SCE, o si, por el contrario – en los casos en los que la legislación nacional vigente, por lo general, permite que una organización cuyo domicilio social no esté dentro de la UE participe en la constitución de una cooperativa (o sociedad) con arreglo a la legislación nacional – esta facultad también puede referirse a la constitución de una SCE. En el segundo caso, se aplicaría la legislación nacional correspondiente a las SCE aunque, en un sentido estricto, la materia está cubierta por una opción, con lo que se eliminaría la diferencia existente entre una “opción” y una referencia “simple”, y se ampliaría la capacidad del derecho nacional como fuente de derecho de la SCE.

A este respecto, cabe considerar que las leyes nacionales de aplicación del RSCE suelen hacer referencia explícita al ordenamiento jurídico nacional declarando la legislación nacional sobre las cooperativas y/o las sociedades aplicable a la SCE⁸⁴. En este caso y otros similares, la cuestión radica en si esta referencia general puede considerarse como ejercicio de una opción con respecto a mate-

82. Con independencia de si la legislación nacional autoriza de igual manera a las cooperativas constituidas con arreglo a ella, puesto que el artículo 9 del RSCE relativo al principio de no discriminación debe interpretarse en el sentido de que la SCE no podrá recibir en cada Estado miembro un trato peor que una sociedad cooperativa constituida con arreglo a la legislación nacional, y no en el sentido de que la primera no podrá recibir un trato mejor que la segunda.

83. Véase, por ejemplo, el artículo 8 de la Ley holandesa de Implementación de la Sociedad Cooperativa Europea, de 14 de septiembre de 2006, que establece: “los estatutos de una Sociedad Cooperativa Europea con domicilio social en los Países Bajos podrán prever la admisión de socios no usuarios, con arreglo al artículo 14, apartado 1, del Reglamento”. Lo mismo podría verificarse, por ejemplo, en lo que se refiere a lo establecido en el artículo 59, apartado 2 sobre el derecho de voto.

84. Por ejemplo, la Ley X-696 de la República de Lituania sobre las sociedades cooperativas europeas contiene una disposición (art. 1.3) que establece que “las sociedades cooperativas europeas que tienen su domicilio social en la República de Lituania estarán reguladas *mutatis mutandis* por las normas jurídicas de la República de Lituania que gobiernan las sociedades cooperativas (cooperativas) y las sociedades anónimas en la medida en que lo permita el Reglamento y el Reglamento, esta Ley y otros actos jurí-

rias reguladas por el derecho nacional de cooperativas o (incluso) de sociedades.

Más relevante aún es el caso de los Estados miembros que no han aplicado el RSCE de manera específica, asumiendo que su legislación cooperativa nacional ya era lo suficientemente adecuada para abordar la cuestión relativa a las SCE⁸⁵. Si se sostiene la idea de que, para poder aplicar la legislación nacional a materias o aspectos cubiertos por opciones, dichas opciones han de ser aplicadas específicamente por parte de los Estados miembros, la estrategia estatal consistente en no aplicar el RSCE y confiar en la legislación nacional existente, fracasaría a la hora de ofrecer una identidad nacional para la SCE. Esto afectaría no sólo a la organización interna de la SCE (por ejemplo, el funcionamiento de sus órganos), sino también a otros aspectos, como el traslado del domicilio social.

El mejor ejemplo de ello es el ofrecido por Italia. En la comunicación ministerial referida al RSCE (la misma comunicación donde se sostiene que una ley de aplicación del RSCE no es necesaria en Italia), se afirma que el certificado referido en el artículo 7.8 del RSCE no podrá ser emitido por la autoridad competente antes de que los activos no distribuibles de la SCE hayan sido devueltos a los “fondos mutualistas”, en conformidad con el principio de adjudicación desinteresada del activo neto disponible que se aplica a las cooperativas italianas⁸⁶. Sin embargo, cabe recordar que Italia no ha aprobado ninguna ley para la aplicación del RSCE, lo cual pone en entredicho el hecho de que la opción establecida en el artículo 7.14, párrafo primero, haya sido ejercida por este Estado miembro⁸⁷.

dicos que regulan las sociedades cooperativas europeas no dispongan lo contrario”. Véase también art. 1, apartado 2, de la Ley española 3/2011, de 4 de marzo: “La sociedad cooperativa europea (SCE) domiciliada en España se registrará por lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 1.435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, por las disposiciones de esta Ley y por la Ley de Cooperativas aplicable en función del lugar donde realice principalmente la actividad cooperativizada en los aspectos no regulados por el citado Reglamento, así como por la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas”.

85. Este es el caso, particularmente, de Italia y Malta.

86. Al menos, aquellas que son “la mutualidad predominante”: véase Fici (2013d). La comunicación mencionada anteriormente es la de 30 de junio de 2006, nº 2903 del Ministerio de Desarrollo Económico, publicada en *Gazzetta Ufficiale* nº 171 de 25 de julio 2006.

87. Un argumento en contra podría ser, sin embargo, el hecho de que, cuando los Estados miembros han designado a una autoridad competente de conformidad con el artículo 7.14, párrafo primero, dicha designación será equivalente funcionalmente al ejercicio de la facultad pertinente. En Italia, esta designación fue realizada por la comunicación del Ministerio de Desarrollo Económico de 26 de marzo de 2007, nº 57, publicada en la *Gazzetta Ufficiale*, nº 82 de 7 de abril de 2007.

Finalmente, otro aspecto que debe considerarse es la forma en que dichas opciones deben ser implementadas por los Estados miembros, esto es, si los Estados miembros tienen plena libertad a este respecto o han de ajustarse a unos criterios específicos⁸⁸. Hay dos posibles respuestas. La primera es que, si el RSCE concede una opción, el Estado miembro tiene plena libertad para determinar el contenido de la norma nacional de aplicación. La segunda, y más correcta, es que el principio de no discriminación establecido en el artículo 9 del RSCE deberá en todo caso guiar a los legisladores nacionales, por lo que las opciones deben ser ejercidas con miras a la promoción de una SCE, o a que ésta sea objeto de un trato jurídico idéntico del que gozan las cooperativas nacionales.

Entre las 101 referencias al derecho nacional, hay otras que pueden clasificarse como “obligaciones”, puesto que obligan a los Estados miembros a regular una serie de materias o aspectos.

Entre dichas obligaciones, una de carácter general obliga a los Estados miembros a que “adopten todas las disposiciones adecuadas para garantizar la aplicación efectiva del presente Reglamento” (art. 78.1); este artículo – junto con el artículo 8.1 c) (i) – ha sentado las bases para la adopción de actos y medidas específicas por parte de los Estados miembros dirigidas a la aplicación del Reglamento de la SCE⁸⁹. Otra obligación que deben cumplir los Estados miembros es la de “designar las autoridades competentes en el sentido de los artículos 7, 21, 29, 30, 54 y 73” y la de informar de ello a la Comisión y a los demás Estados miembros (art. 78.2)⁹⁰.

88. El propio RSCE a veces identifica estos criterios: véase, por ejemplo, el artículo 50.3, que establece las mismas condiciones aplicables a las cooperativas constituidas con arreglo al derecho del Estado miembro de que se trate.

89. En *Cooperatives Europe et al.* (2010), parte I, pp. 46–47, se esbozan los actos y las medidas adoptadas por los Estados miembros actualizadas hasta mayo de 2010. Los reglamentos comunitarios son actos legislativos europeos que, en principio, a diferencia de las directivas, no han de ser aplicados por los Estados miembros. De hecho, el reglamento comunitario “será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro” (art. 288.2, TFUE). Sin embargo, también en lo que se refiere a los reglamentos, los Estados miembros están obligados a adoptar “todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión” (art. 291.1, TFEU). Esta obligación existe en el caso en el que los reglamentos comunitarios no requieran una ley de aplicación expresamente, pero en el que esta ley acaba siendo necesaria de hecho, y en el caso en el que requieran dicha ley expresamente, que es precisamente el caso del RSCE en virtud de su artículo 78.1.

90. En *Cooperatives Europe et al.* (2010), parte I, p. 231 y ss., se presenta una lista de las autoridades competentes designadas por los Estados miembros con arreglo a la disposición citada anteriormente.

La conclusión lógica de este análisis es que, gracias a estas referencias, el derecho nacional acaba asumiendo un papel sustancialmente equiparable (o incluso mayor) al del Reglamento de la SCE en la regulación de la materia, si también se tiene en cuenta el número y relevancia de materias y aspectos regulados.

Esto se traduce, por una parte, en la atenuación de una posible diferencia entre la SCE y una cooperativa constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro donde la SCE tiene registrado su domicilio social; y por otro, en el aumento de una posible diferencia entre las SCE con domicilio social en varios Estados miembros, debido a la gran diversidad de leyes cooperativas existentes en Europa, lo que justifica la afirmación anterior de que, en realidad, el marco jurídico europeo actual no contribuye a crear un modelo único de SCE sino 28 modelos, equivalentes al número de Estados miembros.

Como se ha señalado anteriormente, un Reglamento de la SCE así concebido apenas puede promover la competencia vertical entre el derecho comunitario y el derecho nacional, lo que puede considerarse un factor potencial para la aproximación *de facto* de las leyes europeas de cooperativas, así como para la mejora de dichas leyes, especialmente en aquellos países de la Unión Europea en los que la legislación cooperativa no es lo suficientemente adecuada para promover el desarrollo de las cooperativas (y, por consiguiente, debido al papel esencial que desempeña la legislación nacional en la regulación de la SCE, así como de las SCE con domicilio social en dichos países)⁹¹.

3.2. ¿Qué legislación nacional aplicar?

Como se ha visto anteriormente, al referirse a la legislación nacional como fuente de derecho de la SCE, el Reglamento de la SCE contempla la adopción por parte de los Estados miembros de una ley específica para su aplicación (art.8.1 c), i, RSCE). Esta disposición debe combinarse con la que obliga a los Estados miembros a adoptar “todas las disposiciones adecuadas para garantizar la aplicación efectiva del presente Reglamento” (art. 78.1, RSCE), la cual, a su vez, se deriva del art. 291.1, TFUE.

91. Véase sección 2 anterior.

Por consiguiente, la mayor parte de los Estados miembros han adoptado leyes específicas de aplicación del RSCE, las cuales constituyen la principal fuente de producción y conocimiento de las normas nacionales aplicables a la SCE⁹². No obstante, dichas normas nacionales podrían también encontrarse en leyes diferentes de las estrictamente referidas como leyes de aplicación del RSCE (por ejemplo, en leyes nacionales sobre los registros de las sociedades comerciales, modificadas para incluir a las SCE). En muchos casos, la aplicación del RSCE ha sido realizada mediante la modificación de la ley nacional sobre las cooperativas, en la que se han introducido una serie de normas nuevas relativas a las SCE⁹³.

Ante todo, se espera que la normativa nacional específica sobre la SCE ejerza las opciones y cumpla con las obligaciones que el RSCE concede e impone a los Estados miembros, pero esta normativa podría también ofrecer reglas de carácter supletorio.

En cualquier caso, cuando se trata de regular a las SCE, los legisladores nacionales están sujetos al principio de no discriminación en virtud del artículo 9 del RSCE, que establece que “Con sujeción a las disposiciones del presente Reglamento, la SCE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad cooperativa constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social”.

De este principio se desprende que la SCE no puede recibir un trato peor del que recibe una cooperativa constituida con arreglo a la legislación nacional, lo que implica que, al adoptar las leyes de aplicación en el sentido del artículo 8.1 c), i), los Estados miembros deberían seleccionar dichas normas con el fin de que las SCE puedan recibir el mismo trato que las cooperativas constituidas con

92. Véase para más referencias, Cooperatives Europe et al. (2010), parte I, p. 45 y ss. A entender del autor, después de la aprobación de la Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España, Grecia, Italia, Luxemburgo y Malta siguen siendo los únicos Estados miembros que no han aprobado una verdadera ley de aplicación del RSCE. Por el contrario, según la Comisión Europea, a Diciembre de 2011, únicamente tres Estados miembros no han adoptado las medidas necesarias para garantizar la aplicación del RSCE: Véase COM (2012) 72, de 23 de febrero de 2012, sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 1435/2003, de 22 de julio de 2003, del Consejo relativo al estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), p. 5. En todo caso, a esta lista se suma ahora Croacia.

93. Este es el caso de Bélgica, Bulgaria y Francia, entre otros.

arreglo a la legislación nacional⁹⁴. Del mismo modo implica que, por lo que respecta a los aspectos no contemplados en el RSCE, las SCE son objeto de la misma regulación y trato que las cooperativas nacionales, lo cual es coherente con la disposición del artículo 8.1 c), ii)⁹⁵.

Por el contrario, no está claro si el principio de no discriminación funciona a la inversa, en el sentido que los legisladores nacionales no pueden conceder a la SCE un mejor trato que el concedido a una cooperativa nacional y están, además, obligados, en la medida de lo posible (e.g. ejerciendo una opción otorgada por el RSCE), a adoptar las mismas normas para una SCE que las aplicadas a una cooperativa nacional. De hecho, no hay nada en el RSCE que parezca sostener esta interpretación⁹⁶.

Finalmente, cabe destacar que las 101 referencias específicas a la legislación nacional no son uniformes, puesto que hay referencias a la legislación nacional cooperativa (e.g. art. 17.1, RSCE), otras a la de las sociedades anónimas (e.g., art. 11.1, RSCE) y otras a la legislación nacional en general (e.g., art. 7.4, RSCE)⁹⁷. Esto complica aún más el marco jurídico actual de la SCE, que necesita una simplificación para que pueda resultar realmente efectivo.

94. Evidentemente, estando el principio de no discriminación con arreglo al artículo 9 “sujeto al presente Reglamento”, es posible otorgar un tratamiento distinto y menos favorable a las SCE frente al de las cooperativas constituidas con arreglo al derecho nacional sólo en la medida en que esta desigualdad de tratamiento venga determinada por el propio RSCE.

95. Por lo tanto, un Estado miembro no podría declarar que su legislación nacional sobre las sociedades anónimas es de aplicación general a las SCE si su sistema jurídico contiene una ley específica sobre las cooperativas. Obviamente, cuando la legislación nacional sobre las cooperativas prevea la aplicación del derecho de las sociedades a las cooperativas con carácter residual (como sucede en Italia, por ejemplo), el derecho de las sociedades también se aplicará a las SCE en virtud de esta referencia.

96. Por el contrario, el RSCE contiene disposiciones específicas, como el art. 37.1 (véase la fórmula “en las mismas condiciones establecidas para las cooperativas” con domicilio en su territorio), que pueden interpretarse a la inversa entendiéndose que, cuando el RSCE no establezca de forma expresa la concesión de un trato igualitario (como en el art. 37.1), las SCE podrán recibir un mejor trato respecto al recibido por las cooperativas nacionales. En cambio, como se afirma en el texto, la concesión de un peor trato sería prohibida por el artículo 9.

97. Además, en algunos casos, se establece de forma explícita que el derecho de las sociedades anónimas se aplica “por analogía”: véase, e.g., los artículos 4.6 y 5.3 del RSCE.

3.3. El papel de los Estatutos de la SCE

El papel que desempeñan los estatutos de la SCE en su regulación es más bien limitado y, en cualquier caso, depende de una “autorización expresa” por el Reglamento de la SCE (art. 8.1 b), RSCE) o una disposición habilitadora de la legislación nacional vigente (art. 8.1 c), iii), RSCE).

En razón de la jerarquía establecida por el artículo 8, cuando el RSCE “autoriza expresamente” las disposiciones de los estatutos de la SCE, dichas disposiciones prevalecerán incluso sobre las normas inderogables que fuesen de aplicación a una cooperativa constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social.

Como ejemplo de ello cabe destacar el artículo 1.4 del RSCE, que establece que “La SCE no podrá admitir que terceros no socios se beneficien de sus actividades o participen en sus operaciones, salvo disposición en contrario de los estatutos”. Esto significa que, de acuerdo con una autorización contemplada en sus estatutos, la SCE podría realizar actividades con terceros no socios, aunque la legislación nacional del Estado miembro donde tenga su domicilio social no permita (de forma explícita o implícita) que una cooperativa realice operaciones con terceros no socios⁹⁸.

Cabe recordar, sin embargo, que entre las 101 referencias específicas a la legislación nacional, hay muchas referencias que subordinan las disposiciones contenidas en los estatutos de las SCE a la legislación nacional vigente, limitando así el grado de libertad para su autoregulación como se deriva del artículo 8.1 b) del RSCE⁹⁹.

El artículo 8.1 b), al hacer referencia a una “autorización expresa”, parece excluir el posible papel residual que pueden desempeñar los estatutos de la SCE a la hora de colmar las lagunas existentes. Esto significa que los estatutos de la SCE sólo pueden regular una cuestión si el RSCE hace referencia a estos. El resultado de ello es una mayor limitación de la libertad de autoregulación estatutaria. Sin embargo, este razonamiento puede verse ligeramente atenuado por el hecho de que el RSCE contiene un gran número de referencias explícitas y específicas a los estatutos de la SCE; y que, de manera más general, el artículo 5.4 del RSCE

98. No obstante, con respecto a esta disposición, véase la sección 3.4 sobre la interpretación del art. 8.1 c) y el concepto de regulación parcial y de los aspectos no contemplados en la misma. Otros ejemplos en este sentido son el artículo 1.2, párrafo tercero, y el artículo 45.1 del RSCE.

99. Véase la sección 3.1. anterior y *ibidem*, concretamente, los incisos ii) y iii).

contiene una diversidad de materias que son objeto de regulación por los estatutos de la SCE; y que, finalmente, con arreglo al art. 8.1, c) iii), la autoregulación también es posible cuando la legislación nacional vigente así lo disponga.

3.4. La compleja interacción entre las fuentes del derecho de la SCE: otros ejemplos

A lo largo de este artículo ya se debería haber puesto de relieve de manera suficiente la complejidad del RSCE en lo que se refiere a las fuentes del derecho aplicable a las SCE y la interacción entre ellas. Sin embargo, a continuación se ofrecen otros ejemplos de las dudas interpretativas que plantea la estructura actual del Reglamento de la SCE.

El artículo 8.1 c) hace una referencia general a la legislación nacional como una fuente del derecho aplicable a las SCE que, sin embargo, se ve limitada a “las materias no reguladas” y a “los aspectos no contemplados” por el Reglamento de la SCE.

Esta disposición plantea los siguientes interrogantes: ¿Cuándo puede considerarse que una materia no está regulada, o que sólo lo está parcialmente, por el Reglamento de la SCE? ¿Cuándo debe considerarse que las lagunas existentes en el Reglamento de la SCE constituyen lagunas “reales” y sustanciales (que pueden ser suplidas por las legislaciones nacionales con arreglo al artículo 8.1 c), o sólo lo son en apariencia (en este caso, siendo la ausencia de mención formal equivalente a la ausencia de previsión efectiva)?

Para dar respuesta a estas cuestiones, es necesario desarrollar una noción clara de lo que significa “materia plenamente regulada”, que no puede ser traducida fácilmente en términos prescriptivos. Esto escaparía al alcance del presente estudio. Lo que se puede hacer aquí es presentar casos relevantes en los que podría suscitarse esta cuestión.

Cabe mencionar, por ejemplo, la disposición del artículo 1.4 del RSCE anteriormente citada. En este caso, como se ha señalado antes, no se hace ningún tipo de alusión a la legislación nacional, lo que significa que la aplicación del RSCE no depende de la ausencia de una norma nacional obligatoria (o imperativa) ni de la presencia de una norma nacional permisiva¹⁰⁰. Sin embargo, en

100. Véase la sección 3.3.

este respecto, la pregunta que se plantea es: ¿Cómo habría de abordarse un caso en el que la legislación nacional limita la posibilidad de realizar actividades con terceros? ¿Estableciendo, por ejemplo, que tengan prioridad las operaciones realizadas con socios, o que las realizadas con terceros no socios sean debidamente autorizadas? Esta cuestión adquiere aún mayor relevancia si se contempla que determinadas leyes nacionales no impiden que las cooperativas realicen actividades con terceros no socios, sino que les otorgan un tratamiento fiscal especial sólo si respetan un límite concreto en sus operaciones con terceros no socios.

Es evidente que, si se sostiene que estas materias estén reguladas por el Reglamento de la SCE, no hay lugar para la aplicación de normas nacionales, y en el ejemplo citado anteriormente, una SCE podría realizar operaciones con terceros no socios (únicamente) con arreglo a los términos establecidos en el Reglamento de la SCE (que, de hecho, no establece un límite concreto para las actividades realizadas con terceros no socios). En cambio, si se sostiene que estas materias estén reguladas sólo en parte por el Reglamento de la SCE, las normas nacionales que restringen o condicionan la actividad de una cooperativa con terceros no socios (también) se aplicarían a las SCE.

Esta situación adquiere aún mayor complejidad si se introduce la hipótesis de una laguna en los estatutos de la SCE cuando estos sean los encargados por el RSCE de regular una determinada cierta materia. Por ejemplo, se puede considerar la cuestión de la composición del órgano de dirección con respecto al posible requisito normativo que todos o la mayoría de los miembros de dicho órgano deban ser al mismo tiempo socios de la cooperativa (como de hecho obligan muchas leyes nacionales sobre las cooperativas en Europa). Esta cuestión está regulada por el Reglamento de la SCE haciendo referencia a los estatutos de la SCE, y otorgando a las legislaciones nacionales sólo la facultad de establecer el número mínimo y/o máximo de miembros (art. 37.4, RSCE). ¿Cómo habría de abordarse un caso en el que los estatutos de la SCE no establezcan de forma expresa que los miembros del órgano de dirección puedan ser también terceros no socios de la SCE? ¿Pueden las normas obligatorias contenidas en las legislaciones nacionales colmar dicha laguna? ¿Se trata acaso de una laguna “real”?

Ofrecer una solución acertada a estos interrogantes exigiría al menos la consideración de los siguientes planteamientos: (i) cuando el Reglamento de la SCE contempla la corregulación de una cuestión por las legislaciones nacionales, éste hace referencia explícita a las mismas; esto puede interpretarse a la inversa de manera que, cuando no se hace referencia explícita, un silencio en el RSCE (o

en los estatutos de la SCE a los que el RSCE haga referencia) no podría interpretarse como una “laguna real”, lo que legitimaría que ésta sea colmada por la legislación nacional; (ii) concretamente, cuando el Reglamento de la SCE contempla la correulación de una cuestión por las legislaciones nacionales, éste les atribuye de forma expresa una opción; esto puede interpretarse a la inversa de manera que, cuando no se concede una opción, un silencio en el RSCE (o en los estatutos de la SCE a los que el RSCE haga referencia) no podría interpretarse como una laguna “real”, lo que legitimaría que ésta sea colmada por la legislación nacional.

4. El Reglamento de la SCE y la identidad cooperativa

Como se ha visto en las secciones anteriores de este artículo, una SCE, debido a las características y a las disposiciones de la legislación nacional aplicable, en realidad puede resultar muy diferente de la moldeada de manera abstracta por el Reglamento de la SCE y, además, una SCE que tenga su domicilio social, por ejemplo, en Italia, puede ser completamente diferente de una SCE con domicilio social, pongamos por caso, en Bélgica. Dicho de otro modo, la regulación de una SCE varía enormemente dependiendo del Estado miembro en el que ésta tenga su domicilio social.

Teniendo presente la premisa anterior, las secciones siguientes presentan las principales disposiciones del Reglamento de la SCE desde el punto de vista de la identidad cooperativa. Básicamente, el Reglamento de la SCE establece un modelo de cooperativa que está en consonancia con la imagen tradicional de cooperativa (al menos, la imagen preservada y promovida por la Alianza Cooperativa Internacional – ACI), al tiempo que presenta una serie de soluciones innovadoras¹⁰¹.

101. Cabe recordar que el Reglamento de la SCE sólo contempla el derecho sustancial (u organizativo) de la SCE. Véase el considerando 16 en el preámbulo del RSCE: “El ámbito de aplicación del Reglamento no incluye otros ámbitos legislativos como la fiscalidad, la competencia, la propiedad intelectual o la insolvencia. Por consiguiente, en los ámbitos antes mencionados y en otros ámbitos no cubiertos por el presente Reglamento serán aplicables las disposiciones de Derecho de los Estados miembros y del Derecho comunitario”.

4.1. Objeto Social

El Reglamento de la SCE no contiene una definición de la SCE. Hay, sin embargo, disposiciones que son fundamentales a la hora de definir la identidad de la SCE, comenzando por el artículo 1.2, en virtud del cual “la SCE tendrá por objeto principal la satisfacción de las necesidades y el fomento de las actividades económicas de sus socios, en particular mediante la conclusión de acuerdos con ellos para el suministro de bienes o servicios o la ejecución de obras en el desempeño de la actividad que ejerza o haga ejercer la SCE”¹⁰². Esta disposición pone de relieve el carácter “mutualista” de la SCE como una organización empresarial que actúa con y en el interés de sus socios como clientes, proveedores o empleados¹⁰³.

Concretamente, desde una perspectiva sistemática, cabe destacar la referencia contenida en el artículo 1.3, relativa al hecho de que la SCE pueda también contribuir al fomento de las “actividades sociales” de sus socios, lo cual podría interpretarse como una legitimación del establecimiento de SCE “sociales” en el mismo sentido que las cooperativas “sociales” (o de “iniciativa social”, “solidaridad social”, “beneficio social”, etc.) contempladas de forma expresa por varios ordenamientos jurídicos en Europa.

Además, cabe destacar la referencia explícita contenida en el artículo 1.3, relativa a los medios mediante los cuales podrán satisfacerse los intereses de los socios, esto es, mediante “acuerdos” con ellos para el suministro de bienes o servicios, o para la ejecución de obras. Dichos acuerdos no están regulados por el Reglamento de la SCE, ni se estipula si son contratos sujetos al derecho contractual, o actos de carácter puramente organizativos sujetos al derecho cooperativo, o si constituyen un *tertium genus* cuya regulación emana de una combinación del derecho contractual y del derecho de las sociedades; sin embargo, el hecho de que se haga referencia a ellos en la definición del objeto de la SCE es relevante *per se* para la teoría del derecho cooperativo, dado que confirma la conexión existente entre el

102. Asimismo, el art. 1.3 establece que: “La SCE podrá asimismo tener por objeto la satisfacción de las necesidades de sus socios mediante el fomento, en el modo mencionado, en una o más SCE o sociedades cooperativas nacionales. La SCE podrá llevar a cabo sus actividades a través de una filial”.

103. Véase también el considerando 10, incisos primero y segundo, en el preámbulo del Reglamento de la SCE. Respecto al significado exacto del carácter “mutualista”, véase Fici (2013a).

objetivo institucional de una entidad cooperativa y la realización de actividades cooperativas (o cooperativizadas) con sus socios¹⁰⁴.

Por consiguiente, los socios de la SCE son aquellos que concluyen acuerdos con la SCE para el suministro de bienes o servicios o la ejecución de obras, esto es, son “socios usuarios”¹⁰⁵. Esto va en consonancia con la naturaleza de la SCE como una organización empresarial de carácter “mutualista”, propiedad de sus “usuarios” y que actúa en interés de los mismos. Sin embargo, este requisito no es absoluto, puesto que el Reglamento de la SCE admite tanto a “usuarios no socios” como a “socios no usuarios” de la SCE.

A los usuarios no socios – esto es, clientes, proveedores o empleados que no son socios de la SCE – se refiere el art. 1.4 del RSCE al establecer que “La SCE no podrá admitir que terceros no socios se beneficien de sus actividades o participen en sus operaciones, salvo disposición en contrario de los estatutos”. Como ya se ha señalado anteriormente en este artículo, no queda claro si los estatutos de la SCE tienen plena libertad para regular la participación de terceros no socios en la actividad cooperativizada, o están sujetos a las limitaciones establecidas por la legislación nacional aplicable¹⁰⁶. En todos los casos, parece que el artículo 1.3 del RSCE, al definir el “objeto principal” de la SCE, realmente limita *per se* la autonomía de los estatutos de la SCE: la actividad cooperativizada con terceros no socios no puede tener prioridad sobre aquella realizada con socios si la SCE tiene por objeto principal lo estipulado en el artículo 1.3.¹⁰⁷

El art. 14.2 del Reglamento de la SCE trata de socios no usuarios, al autorizar a los estatutos de la SCE – pero únicamente si la legislación nacional aplicable así lo permite – a “prever la admisión, en calidad de socios inversores (no usuarios), de personas que no tengan la intención de utilizar o de producir los bienes y servicios de la SCE”. No hay un límite explícito respecto al número de socios inversores que pueden ser admitidos, pero el conjunto de socios no usua-

104. Véase de nuevo, Fici (2013a).

105. El Reglamento de la SCE no determina si y en qué medida los socios usuarios están obligados a realizar operaciones con la SCE: esta cuestión ha de ser regulada por los estatutos de la SCE (art 5.4, inciso 6).

106. Véanse las secciones 3.3 y 3.4 anteriores.

107. Dado que el art. 1.4 del RSCE también hace referencia a la “ampliación de los beneficios a terceros no socios”, esta disposición también podría aludir a las SCE sociales, como se ha apuntado previamente. Sin embargo, si el artículo 1.3 del RSCE se aplica con los efectos descritos anteriormente, las SCE sociales no podrían ser plenamente “altruistas”, puesto que los beneficios irían destinados principalmente a los socios.

rios (inversores) no podrá tener más del 25% del total de los derechos de voto o el menor porcentaje previsto en la legislación nacional aplicable (art. 59.2, párrafo tercero, RSCE)¹⁰⁸.

Los socios usuarios pueden ser indistintamente personas físicas o jurídicas (véase el art. 2, RSCE). Asimismo, la SCE puede estar integrada también por entidades jurídicas no usuarias que representen a personas físicas que sean usuarios de la SCE (art. 14.1 párrafo tercero, RSCE).

Para que mantenga su coherencia, el derecho cooperativo debería exigir que, en una organización empresarial que tiene por objetivo el beneficio mutuo de sus socios usuarios, los excedentes sean en principio distribuidos en función de la utilización individual, esto es, de la participación del socio en la actividad cooperativizada¹⁰⁹. Aunque se hace referencia a ello en el preámbulo del Reglamento de la SCE¹¹⁰, no parece, sin embargo, que el RSCE relacione claramente esta consecuencia con el carácter mutualista que atribuye a la SCE, como se señalará en la sección siguiente de este artículo.

El Reglamento de la SCE no hace referencia alguna al compromiso de la SCE con la comunidad y el movimiento cooperativo, que constituye, en cambio, uno de los elementos de la identidad cooperativa de acuerdo con la ACI y un gran número de leyes cooperativas nacionales en Europa¹¹¹.

4.2. Aspectos financieros

La SCE tiene personalidad jurídica (art. 1.5, RSCE)¹¹² y su capital es variable (art. 1.2, párrafo segundo, RSCE). El requisito de la variabilidad del capital es

108. El considerando 9 del preámbulo del Reglamento de la SCE hace referencia a “un porcentaje determinado de socios inversores”, que, sin embargo, no está especificado en el contenido del Reglamento de la SCE. La proporción referida en el art. 59.2, párrafo tercero, únicamente se refiere a los derechos de voto, aunque contribuye, sin embargo, a limitar la influencia de los socios inversores en el gobierno de la SCE.

109. Véase Fici (2013a).

110. Véase el considerando 10, incisos 1º y 5º.

111. La única referencia figura en el artículo 75, RSCE, que no es, sin embargo, una disposición obligatoria, como se verá a lo largo de este artículo.

112. Por consiguiente, “cada socio sólo responderá hasta el límite del capital que haya suscrito”, como estipula el art. 1.2, párrafo tercero, del RSCE, que, sin embargo, admite una disposición diferente en los estatutos de la SCE. La SCE adquirirá personalidad jurídica el día de su inscripción, en el Estado miembro de su domicilio social, en el registro señalado por dicho Estado (art. 18.1, RSCE).

fundamental para garantizar que la SCE pueda operar como una organización abierta a posteriores adhesiones de terceros que deseen ser admitidos como socios. Ello no garantiza per se que la SCE esté realmente abierta, sino que es sólo un instrumento técnico que facilita la admisión de nuevos socios, dado que “la variación del capital no requerirá modificación de los estatutos ni publicidad” (art. 3.5, párrafo segundo, RSCE).

El capital suscrito de una SCE no podrá ser inferior a 30.000 euros (art. 3.2, RSCE)¹¹³. A lo largo de este artículo ya se ha calificado esta norma de ilógica y engorrosa¹¹⁴.

El capital suscrito estará dividido en participaciones (art. 1.2, RSCE), que podrán cederse o transmitirse en las condiciones que fijen los estatutos de la SCE y con el acuerdo de la asamblea general o del órgano de dirección o de administración (art. 4.11, RSCE).

Otros aspectos fundamentales de la estructura financiera de la SCE a la luz de la identidad cooperativa son evidentemente los relacionados con la distribución de los excedentes. Esta cuestión depende en gran medida de la legislación nacional aplicable.

En primer lugar, antes de cualquier aplicación de los resultados, una parte de los excedentes debe destinarse a la constitución de una reserva legal (art. 65.2, párrafo primero, RSCE). Hasta que esa reserva legal no alcance un importe igual al capital mínimo suscrito, se destinará a su constitución como mínimo el 15% de los excedentes de fin de ejercicio, una vez deducidas las pérdidas arrastradas de ejercicios anteriores (art. 65.2, párrafo segundo, RSCE)¹¹⁵. Los socios salientes

113. A no ser que la legislación de un Estado miembro fije un capital suscrito superior para entidades jurídicas que ejerzan determinados tipos de actividad (art. 3.3, RSCE), lo que es coherente con lo que se establece, en general, en el art. 8.2, del RSCE.

114. Véase la sección 2.2 anterior.

115. Si la legislación nacional contempla un porcentaje superior, o no fija un límite para la cantidad de la reserva legal por encima de la cual la distribución de los excedentes es facultativa (como sucede en el ejemplo italiano: véase Fici (2013d)), estas disposiciones de la legislación nacional son claramente aplicables a la luz de la referencia que se hace en el art. 65.1 del RSCE, a “las disposiciones obligatorias de las legislaciones nacionales” (véase también a este respecto Cusa (2008)). No está tan claro, en cambio, si las normas de legislaciones nacionales menos restrictivas tendrían prioridad sobre las disposiciones del Reglamento de la SCE, especialmente cuando dichas disposiciones se encuentran en un marco jurídico que establece otras distribuciones obligatorias, e.g., las destinadas a fondos educativos o promocionales, en beneficio de la comunidad, etc. Esto debe contemplarse como otro ejemplo de la complejidad de la interacción de las fuentes nacionales y comunitaria en la regulación de la SCE.

no podrán alegar ningún derecho sobre las cantidades destinadas a la constitución de la reserva legal (art. 65.3, RSCE).

El artículo 66 establece: “Los estatutos podrán prever el pago de un retorno a los socios, en proporción a las operaciones que hayan realizado con la sociedad o a los servicios prestados a ésta”.

El Reglamento de la SCE hace una clara referencia aquí al concepto de “retorno cooperativo”, como la cantidad de excedentes (obtenida por la cooperativa a través de operaciones realizadas con ellos y posteriormente) “retornada” a los socios en proporción a la actividad cooperativizada que han realizado¹¹⁶. Sin embargo, resulta sorprendente el hecho de que no exista la obligación de distribuir “retornos”, sino únicamente la facultad de hacerlo, lo que no impediría que la SCE distribuyera los excedentes en función del capital desembolsado (y del capital asimilado) en vez de (o más que) en proporción a la participación del socio en la actividad cooperativizada, es decir, como “retornos cooperativos” en sentido estricto. De poco sirve señalar que así se corre el riesgo de perjudicar seriamente la identidad cooperativa de la SCE.

El saldo excedente disponible después de dotar la reserva legal, del pago de retornos cooperativos y de las deducciones por los traslados de pérdidas de ejercicios anteriores, constituirán los “excedentes distribuibles” (art. 67.1, RSCE). La asamblea general estará facultada para distribuir los excedentes con arreglo a lo establecido en los estatutos de la SCE, que podrán establecer la constitución de un nuevo remanente, dotar las reservas legales o estatutarias, o remunerar los capitales desembolsados y los capitales asimilados (art. 67.2, RSCE). Los estatutos de la SCE también podrán excluir cualquier distribución (art. 67.3, RSCE)¹¹⁷.

Por lo que se refiere a la identidad cooperativa, el Reglamento de la SCE no fija un límite concreto para la remuneración de los capitales desembolsados¹¹⁸. Por

116. Véase Fici (2013a).

117. Esta última disposición puede tener gran relevancia en lo que se refiere a la constitución y funcionamiento de SCEs sociales. Cusa (2008), p. 16, sostiene que esta disposición no se contrapone al objeto principal de la SCE establecido en el art.1.3, RSCE.

118. Esto, a pesar de las declaraciones contenidas en el preámbulo del RSCE (“la remuneración del capital tomado en préstamo y de las participaciones debe ser limitada”: considerando 10, inciso 4; y el considerando 7, donde se hace referencia a la distribución “equitativa” del beneficio neto del ejercicio financiero) que, sin embargo, deberían utilizarse para colmar la laguna existente en el Reglamento de la SCE antes mencionada. En este respecto, véase Embid Irujo (2008), p. 47 y ss.

otra parte, hace una apropiada distinción entre “retornos” (art. 66 y 67, RSCE) y remuneración del capital, que resulta fundamental en la regulación de una organización empresarial de tipo cooperativo, aunque la terminología empleada en la versión inglesa del RSCE no sea muy esclarecedora y pueda dar lugar a una mayor confusión, especialmente entre las personas e instituciones que no están familiarizadas con las cooperativas¹¹⁹.

El principio de la adjudicación desinteresada del activo neto se aplica en el caso de disolución de la SCE (art. 75, RSCE)¹²⁰. Este principio requiere que el activo neto sea adjudicado “a otra entidad cooperativa que persiga objetivos similares o fines de interés general” (considerando 10, inciso 7, RSCE). Sin embargo, ésta no es una disposición obligatoria, como hubiera sido deseable desde el punto de vista de la identidad cooperativa, dado que existe la posibilidad de un acuerdo alternativo establecido en los estatutos de la SCE cuando lo permita la legislación nacional aplicable (como suele ser el caso)¹²¹. Esto confirma la afirmación anterior sobre la ausencia de normas en el Reglamento de la SCE que orienten a la SCE hacia el interés de la comunidad o del movimiento cooperativo.

El legislador de la UE se ha preocupado por la necesidad de financiación de la SCE, que suele ser habitual para una organización empresarial en la que el capital desempeña un papel marginal en su gobierno.

Una medida en este sentido es la admisibilidad de socios inversores, cuyo poder dentro de la organización está oportunamente limitado por el artículo 59.3 del RSCE, (así como por el art. 39.3 y el art. 42.2, párrafo primero, RSCE), con el objeto de impedir que una SCE esté controlada por este tipo de socios (en lugar de por sus socios institucionales y típicos, esto es, los socios usuarios). Otras medidas incluyen la posibilidad de crear títulos distintos de las participaciones o de las obligaciones cuyos tenedores no tengan derecho a voto sino privilegios específicos, y que podrán ser suscritos por socios o por cualquier persona ajena a la SCE (art. 64, RSCE).

119. Véase Fici (2013e), pp. 145-146.

120. Se entiende por activo neto el activo que quede tras el pago de todos los importes adeudados a los acreedores y el reembolso de las aportaciones dinerarias de los socios (art. 75, RSCE).

121. Los estatutos de la SCE podrían también establecer la distribución de parte del saldo excedente disponible del ejercicio al movimiento cooperativo o a la comunidad: el artículo 67 no lo impide (véase Cusa (2008), pp. 36-37).

4.3. Gobierno

Por lo que se refiere al carácter abierto de la SCE, que constituye otro elemento del tipo ideal de organización cooperativa¹²², el Reglamento de la SCE busca construir una especie de solución intermedia entre la autonomía de la SCE y el interés de terceros por ser admitidos como socios. De hecho, el art. 14.1 del RSCE, por una parte, establece que la adquisición de la condición de socio está sujeta a la aprobación del órgano de dirección o de administración; y por otra, confiere el derecho a los candidatos de recurrir ante la asamblea general en caso de denegación. Por lo tanto, la SCE no está obligada realmente a admitir a terceros, cuyos intereses son sólo protegidos de manera indirecta mediante el derecho a recurrir a la asamblea general (que, por supuesto, puede rechazar el recurso). El Reglamento de la SCE no aborda las posibles causas de denegación legítima de admisión por parte de los órganos de dirección de la SCE. En este sentido, cabe destacar, primero, que el artículo 5.4 obliga a los estatutos de la SCE a establecer las condiciones de admisión de los socios, y en segundo lugar, que el preámbulo del Reglamento de la SCE contempla como un principio la ausencia de “obstáculos artificiales a la adhesión”¹²³.

Los órganos de la SCE están constituidos por (i) una asamblea general y, según la opción que se haya adoptado, (ii) bien un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual), bien un órgano de administración (sistema monista).

Por lo que se refiere a la identidad cooperativa, es importante señalar primero la disciplina del derecho de voto en la asamblea general.

Según lo establecido en el artículo 59 del RSCE, “cada socio dispondrá de un voto, independientemente del número de participaciones que posea”. Los estatutos de la SCE pueden, sin embargo, establecer de manera diferente dentro de los límites específicos fijados por el propio Reglamento de la SCE y/o la legislación nacional aplicable. Por lo tanto, de acuerdo con el Reglamento de la SCE, el principio de “un socio, un voto” deja de ser absoluto y obligatorio con carácter permanente, incluso en las cooperativas primarias, aunque las derogaciones se circunscriben y deben fundamentarse en criterios concretos y justificables.

La primera hipótesis se refiere a que la atribución del número de votos de un socio esté determinada por su participación en la actividad cooperativa como

122. Véase Fici (2013a).

123. Véase el considerando 10, inciso 6.

cliente, proveedor o empleado (pero nunca por su aportación de capital). Los votos así atribuidos no podrán exceder de cinco por socio, ni representar más del 30% del total de derechos de voto (art. 59.2, párrafo primero, RSCE).

La segunda se refiere a las SCE cuyos socios sean mayoritariamente de naturaleza cooperativa. Si lo permite la legislación nacional aplicable, los estatutos de la SCE podrán disponer que el número de votos de un socio esté determinado por su participación en la actividad cooperativa, incluida la participación en el capital de la SCE, o por el número de socios de cada entidad participante, o bien por ambos factores (art. 59.2, párrafo tercero, RSCE).

La tercera se refiere a los socios inversores. Por lo que respecta a sus derechos de voto, si la legislación nacional aplicable lo permite, los derechos de voto del conjunto de los socios inversores no podrán exceder del 25% del total de los derechos de voto (art. 59.3, RSCE).

Otras derogaciones específicas se refieren a las SCE que realicen actividades financieras o de seguros (art. 59.2, párrafo segundo, RSCE) y a la atribución del número de votos a los representantes de los trabajadores (art. 59.4, RSCE).

Con el fin de favorecer la participación de los socios, o de buscar alternativas practicables y efectivas a una participación directa que de hecho no se realiza (e.g. en cooperativas de consumo o cooperativas agrarias de gran tamaño), el Reglamento de la SCE establece, en primer lugar, que “las personas con derecho de voto podrán hacerse representar en la asamblea general por un mandatario, con arreglo a las modalidades previstas en los estatutos”, los cuales deben fijar el número máximo de poderes que puede recibir un mandatario (art. 58.3, RSCE); en segundo lugar, que los estatutos de la SCE podrán autorizar el voto por correspondencia o el voto electrónico (art. 58.4, RSCE); en tercer lugar, que los estatutos de la SCE podrán prever la celebración de asambleas sectoriales o de sección, que elegirán a sus delegados que constituirán la asamblea general de la SCE, y representarán dentro de la misma a sus respectivos sectores o secciones (art. 63, RSCE)¹²⁴.

El órgano de dirección en el sistema dual y el órgano de administración en el sistema monista serán responsables de la gestión de la SCE y de representarla frente a terceros y ante los tribunales (art. 37.1 y art. 42.1, RSCE).

124. Se ofrece esta última opción a las SCE que realizan diferentes actividades o actividades en más de un territorio, o cuentan con varios establecimientos o más de 500 socios, si lo permite la legislación nacional aplicable.

Los miembros del órgano de gestión serán nombrados y revocados por el órgano de control (art. 37.2, párrafo primero, RSCE)¹²⁵. Este último órgano, cuyos miembros serán nombrados y destituidos por la asamblea general (art. 39.2, RSCE), controlará la gestión encomendada al órgano de dirección y no podrá ejercer por sí mismo el poder de gestión de la SCE ni representar a la SCE ante terceros (art. 39.1, RSCE).

Los miembros del órgano de administración serán nombrados y destituidos por la asamblea general (art. 42.3, RSCE).

Finalmente, cabe destacar una provisión contenida en el artículo 71, que tiene la clara finalidad de someter a las SCE al sistema de afiliación obligatoria a un organismo de auditoría cooperativa que algunos ordenamientos europeos prevén con respecto a las cooperativas nacionales.

5. Conclusiones. Presente y futuro del Reglamento de la SCE

El Reglamento de la SCE entró en vigor hace siete años y apenas ha sido aplicado: según la Comisión Europea, sólo se constituyeron 25 SCE hasta julio de 2012¹²⁶. Además, hay pocas muestras de que haya tenido repercusión alguna en las legislaciones cooperativas nacionales¹²⁷. Por este motivo, el Reglamento de la SCE no ha logrado alcanzar dos de sus objetivos principales: favorecer la aproximación indirecta de las legislaciones cooperativas nacionales europeas y, sobre todo, promover la actividad transfronteriza y el agrupamiento de cooperativas en el mercado único.

En cambio, no hay duda de que el Reglamento de la SCE ha contribuido a un mejor conocimiento de las cooperativas y del modo en el que éstas difieren de las sociedades capitalistas con ánimo de lucro, aunque las cooperativas siguen corriendo el riesgo de discriminación por parte de las legislaciones nacionales y de la comunitaria.

125. A menos que un Estado miembro ejerza la facultad contemplada en el art. 37.2, párrafo segundo del RSCE, de establecer o permitir que los estatutos dispongan que el miembro o los miembros del órgano de dirección sean nombrados o revocados por la asamblea general.

126. Véase COM (2012) 740 final, cit., p. 14.

127. Véase *Cooperatives Europe et al.* (2010), parte I, pp. 151 y ss.

El Reglamento de la SCE está actualmente siendo revisado en virtud del artículo 79. Este proceso se inició hace ya más de tres años y, entre otras cosas, supuso la realización de un estudio detallado, dos consultas públicas, tres conferencias y un informe por parte de la Comisión Europea¹²⁸.

El objetivo de este artículo ha sido demostrar la necesidad de cambios fundamentales con el fin de que el Reglamento de la SCE sea más efectivo y esté más en consonancia con lo que se espera de él. Concretamente, el Reglamento de la SCE debería simplificarse, especialmente en lo que se refiere al sistema de las fuentes y la interacción entre ellas; debería contener menos referencias a las legislaciones nacionales, y ser por tanto más paneuropeo; asimismo, debería conceder más libertad de autoregulación a las SCE. Una medida muy simple para empezar sería la reducción de los costes del cumplimiento mediante la eliminación de disposiciones injustificables, como por ejemplo, la exigencia de suscribir un capital mínimo de 30.000 euros.

Sin embargo, en opinión del autor, la revisión del Reglamento de la SCE concluirá sin que haya habido modificación alguna¹²⁹. Por lo general, no existe ningún tipo de presión proveniente de los gobiernos nacionales. La Comisión Europea está a la espera de que se inicie el proceso por parte del movimiento cooperativo europeo, lo cual no ha se ha producido aún, tal vez porque dicho movimiento se encuentra demasiado centrado en los movimientos nacionales (y, por tanto, no es lo suficientemente “europeo”) o porque las cuestiones objeto de discusión (y su relevancia) no son lo suficientemente claras.

En cualquier caso, teniendo en cuenta que los obstáculos no son sólo de carácter jurídico, la creación de una campaña destinada a aumentar la conciencia pública sobre las potenciales ventajas de las SCE contribuiría a promover este instrumento¹³⁰. Esta campaña podría simplemente destacar, por ejemplo, que la SCE es la única forma jurídica de derecho de la Unión Europea que puede ser utili-

128. Este estudio es el ya ampliamente citado en este artículo *Cooperatives Europe et al. (2010)*, parte I y parte II. Para más información sobre las actividades realizadas durante este proceso, puede consultarse la página web de la Comisión Europea donde se trata el Reglamento de la SCE.

129. De hecho, la Comisión Europea ha anunciado recientemente que no tiene previsto realizar una revisión del Reglamento de la SCE (ni del RSE) a corto plazo: véase COM(2012) 740 final, cit., p. 14.

130. En el reciente Plan de Acción sobre el Derecho de Sociedades Europeo adoptado por la Comisión Europea se ha previsto una campaña de este tipo: véase COM(2012) 740 final, cit., p. 14.

zada por aquellas personas físicas que no sean empresarios (al menos, hasta que se adopte la SPE)¹³¹.

La esperanza es que todo ello contribuya a promover las cooperativas, que son parte necesaria de un mercado plural, cuyas virtudes han sido ensalzadas por destacados economistas¹³², y están en consonancia con la idea de mercado común y crecimiento económico prevista oficialmente por la Unión Europea¹³³. Por lo tanto, teniendo en cuenta que constituyen en teoría una parte esencial de la estrategia de la UE, en la práctica es necesario que las cooperativas sean conocidas y reguladas de manera apropiada a nivel europeo. Los Estados miembros y los expertos europeos, conscientes y convencidos de las virtudes de las cooperativas, deben asumir la tarea de impulsar las principales instituciones europeas y los Estado miembros más reacios a moverse en esta dirección¹³⁴.

131. El proyecto sobre este tipo nuevo de sociedad europea incluye realmente a las personas físicas entre los potenciales fundadores de una SPE: véase el art. 3.1 e), COM(2008) 396/3. La jurisprudencia del TJUE sobre la libertad de establecimiento de las sociedades y, en concreto, la decisión *Vale* (véase la nota 63 al pie de página para más referencias), reducen realmente la ventaja de la SCE (así como la de la SE) desde el punto de vista del libre traslado del domicilio social (véase la nota 63 al pie de página).

132. Véase Stiglitz (2009), pp. 345 y ss.

133. Basta citar aquí el art. 2 y el art. 3 del Tratado sobre la Unión Europea y, más concretamente, el art. 3.3, inciso 1º, que establece: “La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico”.

134. Véase, a este respecto, Fajardo et al. (2012), pp. 609 y ss.

Bibliografía

- Alfonso Sánchez R (2006), *La sociedad cooperativa europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo*, en *Noticias de la Unión Europea*: enero 2006, pp 19 y ss.
- Alfonso Sánchez R (directora) (2008), *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008
- Alfonso Sánchez R (2010), *Respuesta del ordenamiento jurídico español ante la realidad de la Sociedad Cooperativa Europea*, en *CIRIEC-España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 2010, pp. 169 y ss.
- Armour J, Ringe W-G (2011), *European Company Law 1999–2010: renaissance and crisis*, ECGI Law Working Paper no. 175/2011 (2011) en www.ssrn.com
- Bianca M, Zanardo A (2011), *La società europea*, en Pederzini E (curadora), *Percorsi di diritto societario europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 135 y ss.
- Bonfante G (2006), *La società cooperativa europea*, en Fici A, Galletti D (curadores), *La società cooperativa europea*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2006, pp. 4 y ss.
- Chômel C (2004), *The long March of the European Cooperative Society*, en *Revue internationale de l'économie sociale* (RECMA), 2004, pp. 1 y ss.
- Cooperatives Europe, Euricse, Ekai (2010) (curadores), *Study on the implementation of the regulation 1435/2003 on the Statute for European Cooperative Society (SCE)*, part I and part II, October 2010, en www.europe.eu y en www.euricse.eu
- Cusa E (2008), *The allocation of profits in the European Cooperative Society*, 2008, en http://www.jus.unitn.it/download/gestione/emanuele.cusa/20080901_1010profit.allocation.SCE.pdf
- Embid Irujo JM (2008), *Aproximación al significado jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea*, en Alfonso Sánchez R (directora), *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 33 y ss.
- Escuin Ibañez I (2012), *El sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España tras la aprobación de su ley reguladora 3/2011 de 4 de marzo*, en *CIRIEC-España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 2012, pp. 121 y ss.

- Escuin Ibañez I, Pardo López MM (2008), *Sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España. Importancia de los estatutos sociales*, en Alfonso Sánchez R (directora), *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 97 y ss.
- Fajardo G (2013), *La especificidad de las sociedades cooperativas frente a las sociedades mercantiles y la legitimidad de su particular régimen jurídico y fiscal según el tribunal de justicia de la Unión Europea*, en *Revista de derecho mercantil*, 2013, pp. 189 y ss.
- Fajardo G et al (2012), *New study group on European Cooperative Law: 'Principles' Project*. Euricse Working Paper no. 24/12 (2012), en www.ssrn.com (en español en: *Revista de Derecho de Sociedades*, 2012, pp 609 y ss., y, en versión modificada y ampliada, en *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 2013, pp. 331 y ss.).
- Fici A (2006), *Società cooperativa europea e partecipazione dei lavoratori*, en Fici A, Galletti D (curadores), *La società cooperativa europea*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2006, pp. 137 y ss.
- Fici A (2011), *L'identità delle società cooperative nella decisione della Corte di Giustizia UE in tema di aiuti di stato*, en *Enti non profit*, 2011, pp. 33 y ss.
- Fici A (2013a), *An introduction to cooperative law*, en Cracogna D, Fici A, Henry H (curadores), *International handbook of cooperative law*, Springer, Heidelberg, 2013, pp. 3 y ss.
- Fici A (2013b), *Cooperative identity and the law*, en *European Business Law Review*, 2013, pp. 37 y ss.
- Fici A (2013c), *European Cooperative Law* (de próxima publicación)
- Fici A (2013d), *Italy*, en Cracogna D, Fici A, Henry H (curadores), *International handbook of cooperative law*, Springer, Heidelberg, 2013, pp. 479 y ss.
- Fici A (2013e), *The European Cooperative Society Regulation*, en Cracogna D, Fici A, Henry H (curadores), *International handbook of cooperative law*, Springer, Heidelberg, 2013, pp. 115 y ss.
- Fici A, Galletti D (curadores) (2006), *La società cooperativa europea*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2006
- Henry H (2013), *Public international cooperative law*, en Cracogna D, Fici A, Henry H (curadores), *International handbook of cooperative law*, Springer, Heidelberg, 2013, pp. 65 y ss.
- Luján Alcaraz J (2008), *La participación de los trabajadores en la sociedad cooperativa europea*, en Alfonso Sánchez R (directora), *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 489 y ss.

- Snaith I (2006), *Employee involvement in the European Cooperative Society: a range of stakeholders?*, en *International Journal of Comparative Labor Law and Industrial Relations*, 2006, pp. 213 y ss.
- Stiglitz J (2009), *Moving beyond market fundamentalism to a more balanced economy*, en *Annal of Public and Cooperative Economy*, 2009, pp. 348 y ss.
- Vargas Vasserot C (2014), *Situación y perspectivas de la Sociedad Cooperativa Europea*, en *Deusto estudios cooperativos*, 2014, pp. 63 y ss.

O REGIME JURÍDICO BRASILEIRO DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS - UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE A ADEQUAÇÃO DAS NORMAS SOCIETÁRIAS EM FACE DA ORIENTAÇÃO INTERNACIONAL DE INTEGRAÇÃO DOS MERCADOS E O DESENVOLVIMENTO DAS COOPERATIVAS

Emanuelle Urbano Maffioletti

Prof. Dra. Direito Comercial

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP

RESUMEN

Las cooperativas son sociedades con especialidad en su régimen jurídico y económico. Organismos internacionales (ACI, ONU, OIT y MERCOSUR) estimulan a los países a promover las cooperativas y su integración entre países. Las cooperativas en Brasil siguen regidas por la Ley 5.764/1971 y por el Código Civil, con la naturaleza de sociedad no empresaria. El régimen jurídico de las cooperativas es antiguo y desconectado de la realidad económica del mercado, así que es necesario hacer cambios para perfeccionar aspectos societarios y el régimen económico de las cooperativas. Esto podrá interferir en la adhesión al modelo y en el desarrollo de las cooperativas brasileñas. Este trabajo tiene por objetivo analizar la ley, doctrina, jurisprudencia y proyecto de ley sobre puntos esenciales del régimen societario de las cooperativas y demostrar la necesidad de reforma del régimen jurídico de las cooperativas en Brasil, teniendo en cuenta los intereses de los cooperativistas.

PALABRAS CLAVE: Cooperativa. Régimen Jurídico Societario Brasileño. Adecuación. Promoção.

THE LEGAL SYSTEM GOVERNING COOPERATIVES IN BRAZIL – A BRIEF REFLECTION ON AMENDING THE RULES IN VIEW OF THE INTERNATIONAL TREND TOWARDS MARKET INTEGRATION AND OF THE COOPERATIVES’ DEVELOPMENT**ABSTRACT**

Cooperatives are societies governed by legal and economic rules with special features. International organisations (ICA, UN, ILO and MERCOSUR) encourage countries to promote cooperatives and integration between cooperatives in different countries. In Brazil, cooperatives are governed by law 5.764/1971 and by the Civil Code and are considered non-business societies. The legal system governing them is out of date and out of touch with the economic realities of the market, making it necessary to introduce improvements to societal aspects and the economic regime of cooperatives. This could affect both adherence to the model and the development of Brazilian cooperatives. The objective of the present paper is to examine the law, legal opinion, jurisprudence and draft legislation on essential points of the societal regime governing cooperatives and to demonstrate the need to reform the legal system governing them in Brazil, bearing in mind the interests of their members.

KEY WORDS: Cooperative, Brazilian company law, adaptation, promotion.

Classificação da EconLit: P130, L300, K390, O170.

SUMARIO

1. Introdução. 2. O regime jurídico de cooperativas no Brasil. 2.1 Aspectos societários centrais e a atividade econômica da cooperativa. 2.2. A LCB e o regime econômico da cooperativa. 2.3. Uma visão geral sobre a administração e os órgãos sociais. 2.4. A disciplina da liquidação e insolvência de cooperativas e a responsabilidade patrimonial dos cooperados. 3. Uma análise conclusiva sobre a adequação do regime jurídico societário e as perspectivas de mudança no Brasil. 3.1. As cooperativas no Brasil. As perspectivas de desenvolvimento e cenário jurídico. Conclusão. Bibliografia

1. Introdução

As cooperativas são sociedades de natureza e estrutura próprias, com utilidade social e econômica. São classificadas em orientações de organismos internacionais, da União Europeia e em legislações de países europeus como empresas sociais, sendo o modelo parâmetro para os agentes da economia social. Devem seguir princípios e valores cooperativos, entre outros, a mutualidade e preocupação com a comunidade e cooperação entre as cooperativas.

Organismos internacionais (ACI, ONU, OIT) encorajam os países a reafirmar os princípios e valores da Declaração ACI/1995 e a promover as cooperativas (Recomendação 193/OIT). Em áreas regionais (União Europeia e MERCOSUL), há também a preocupação com a promoção do cooperativismo. Nesse sentido, as conferências e reuniões de agentes especializados em cooperativas na América Latina reconhecem a necessidade de harmonização das legislações e de políticas públicas voltadas à integração regional das cooperativas e ao fortalecimento das cooperativas do MERCOSUL. Existe a compreensão geral de que ações políticas são necessárias para que as cooperativas sejam capazes de realizar as suas atividades econômicas e sociais, atender às exigências do mercado e satisfazer os interesses de seus membros.

Portanto, recomenda-se que as cooperativas sejam promovidas e protegidas a nível regional, com ferramentas e programas de integração entre os países, sem obstáculos a sua expansão. Tal necessidade é evidente nos países da América Latina, onde as cooperativas têm evoluído de forma heterogênea, com diferentes origens e graus de intervenção do Estado.

No Brasil, as cooperativas ainda são regidas pela Lei 5.764/1971 e pelo Código Civil (com reforma de 2002). Elas são conceituadas como sociedade de pessoas,

de forma e natureza própria, de natureza civil, caracterizadas pelos princípios e valores da Aliança Cooperativa Internacional (ACI). Por disposição expressa de lei, as cooperativas são equiparadas às sociedades não empresárias, ou seja, às “Sociedades Simples”, e não estão sujeitas ao regime falimentar (então disciplina de recuperação judicial e falências, estabelecida pela Lei n. 11.101/2005).

Está claro que o regime jurídico brasileiro das cooperativas é antigo e convencional, desconectado da realidade econômica de mercado, e também que existe a necessidade de fazer alterações para melhorar aspectos societários e do sistema econômico das cooperativas.

Além disso, ainda existem barreiras sociais e culturais à cooperativa no Brasil, com falta de conhecimento da comunidade e do judiciário sobre as características operacionais e jurídicas das cooperativas: problemas localizados na gestão das cooperativas e na relação entre as cooperativas e cooperados, dificuldades de capitalização e de obtenção de crédito e o preconceito que existe sobre este tipo societário. Esses aspectos são adicionados ao ambiente institucional difícil para os empresários brasileiros, com a “desconsideração da personalidade jurídica” sem critérios, burocracia, custos fiscais e encargos decorrentes da relação trabalhista.

Apesar da legislação brasileira não seguir a natureza jurídica e econômica real das cooperativas, e dos obstáculos acima elucidados, elas são de grande importância para a economia brasileira¹. Para que se tenha ideia sobre a dimensão das

1. Estas informações foram disponibilizadas pelo sistema OCB, Clara Pedrosa Maffia (Coord.), *Diagnóstico do Ramo de Consumo – desafios para o setor*, 2014, pp. 15-20. Disponível in: http://www.brasilcooperativo.coop.br/GERENCIADOR/ba/arquivos/diagnostico_consumo.pdf [acesso em 10 out. 2014]. Segue abaixo tabela disponibilizada no Relatório citado, p. 20:

RAMOS	COOPERATIVAS	COOPERADOS	EMPREGADOS
Agropecuário	1.592	1.015.956	164.320
Consumo	121	2.992.370	13.820
Crédito	1.040	5.725.580	39.396
Educacional	301	61.659	4.286
Especial	6	247	7
Habitacional	220	120.980	1.038
Infraestrutura	130	934.892	6.496
Míneral	85	87.190	187
Produção	252	11.600	3.387
Saúde	852	264.597	92.139
Trabalho	981	226.848	1.929
Transporte	1.205	140.151	11.862
Turismo e Lazer	25	1.696	18
TOTAL	6.810	11.583.766	338.885

cooperativas no Brasil, em relatório de gestão de 2013, a Organização de Cooperativas Brasileira (OCB) aponta a seguinte evolução numérica das cooperativas registradas no Brasil: em 1940, eram 1.050 cooperativas; em 1950, eram 2.981; e em dezembro de 2013, 6.810 cooperativas. Os cooperados representam atualmente 5,8 % da população do Brasil, com aproximadamente 11 milhões de cooperados, e a OCB estima que o cooperativismo atinge mais de 46 milhões de pessoas – 23% dos brasileiros. A atuação tem sido em 13 ramos, sendo os mais fortes os ramos agropecuário (com 1.592 cooperativas); crédito (com 1.040 cooperativas); e transporte (com 1.205 cooperativas).

Em que pesem tais dados, acredita-se que o apoio institucional poderá ser complementar ao desenvolvimento das práticas do mercado e transformar as cooperativas em tipos societários com economia estável e atraentes para os investidores, sem olvidar dos princípios e da identidade da cooperativa. Assim, as cooperativas deveriam ser priorizadas nas políticas públicas, o que demanda conhecimento técnico do setor, das tendências do mercado e de suas características societárias, com o afastamento dos interesses políticos.

Nesse sentido, este artigo tem como objetivo geral analisar o enquadramento jurídico das cooperativas no Brasil e as lacunas legislativas que existem na disciplina societária e que servem de barreiras ao desenvolvimento das cooperativas no mercado, a fim de contribuir sobre a reflexão e o estudo sobre as cooperativas².

2. O regime jurídico de cooperativas no Brasil

O movimento cooperativo surgiu no Brasil desde o momento histórico do Império, ligado às associações rurais. A sua evolução tem sido marcada pela interferência do Estado, com o objetivo de reconhecer um modelo legal da sociedade cooperativa.

2. A presente pesquisa foi desenvolvida com o apoio financeiro da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) e foi apresentada na *XIV Jornadas de investigadores en economia social y cooperativa – el año internacional de las cooperativas: desafíos y propuestas de la economía social en un mundo en transformación*, Espanha, em San Sebastian - Oñati, no período de 20 a 22 de junho de 2012, sob a organização do Ciriec Espanha, Universidad del País Vasco (GEZKI, Mondragon Uniberstitatea e Deusto Universidad de Deusto).

As cooperativas incorporaram-se à ordem jurídica pela Lei n. 1.637/1907. A cooperativa era uma sociedade comercial, com fins lucrativos, e uma estrutura semelhante a das sociedades anônimas. No período, foram constituídas as primeiras cooperativas brasileira, cuja formação e funcionamento ocorriam com maior liberdade, sem a interferência ou intervenção governamental.

A partir de 1930, o número de cooperativas aumentou em resposta ao estímulo dos programas públicos e aos incentivos fiscais instituídos para promover a agricultura, assim como pelas práticas empregadas pelos imigrantes europeus e japoneses. Naquela época, o Decreto n. 22.239/32 tratava as cooperativas como sociedades de pessoas, de natureza *sui generis*, com liberdade de constituição e funcionamento. Eles se caracterizavam pelos mesmos princípios e valores cooperativos que se aplicavam *aos Probos Pioneiros de Rochdale*.

Depois, o Decreto n. 59 de 21/11/1966 (com regulação do Decreto 60.597/1967) estabeleceu a excessiva intervenção do Estado no âmbito das cooperativas. As cooperativas foram definidas por sociedades de pessoas, com forma jurídica própria, de natureza civil e sem fins lucrativos. Nessa fase, a ditadura militar reprimiu a ascensão das cooperativas e houve a liquidação de muitas delas.

Em seguida, os representantes de cooperativas brasileiras se reuniram com líderes dos movimentos internacionais de cooperativas na América Latina e formaram a Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB). Esta Organização propôs novo projeto de lei, que agora corresponde à Lei n. 5.764/71 - Lei de Cooperativas Brasileira (LCB).

Com a LCB, o Brasil dá um novo passo na evolução do movimento cooperativista, seguindo a Recomendação 127 da OIT. Nesse momento, ainda há a intervenção estatal no setor, o que pode ser visto na estrutura e redação legislativa sobre as características das cooperativas, a organização do sistema cooperativista e o regime operacional das cooperativas, bem como na sujeição das cooperativas à autorização estatal para a sua criação e funcionamento.

Essa lei está em vigor até hoje. Define as cooperativas como sociedade de pessoas, com forma jurídica e natureza própria, “de natureza civil”, com as seguintes características: adesão voluntária; variabilidade de capital social; limitação da quantidade de quotas sociais por cooperado ou por critério da proporcionalidade; impossibilidade de transferência das quotas sociais; um voto por membro; retorno das sobras de modo proporcional às operações de cada cooperado; indivisibilidade dos fundos de reserva e de assistência técnica, educativa e social; neutralidade política, religiosa, racial e social; assistência aos membros e

empregados; e limite de admissão de membros de acordo com a possibilidade de reunião, controle, operações e serviços (artigo 4º LCB).

Segundo W. BULGARELLI (2000:79-80), a LCB tem contribuído para o avanço da disciplina jurídica das cooperativas no Brasil. No entanto, pecou por adotar conceitos errôneos, mantendo o sentido ortodoxo das cooperativas em sua descrição conceitual e por deixar de destacar a organização humanitária, os elementos econômicos, o caráter institucional e os princípios básicos das cooperativas. O autor registra o erro incorrido pelo legislador sobre a natureza jurídica das cooperativas ao dizer que elas têm natureza própria e de sociedade civil, quando deveria ter se limitado à natureza jurídica própria da cooperativa. Considerando-se que as cooperativas têm um regime jurídico distinto, que não estão sujeitas às regras de direito civil ou comercial, nem à falência, a insuficiência da lei demonstra o limitado conhecimento que existe sobre a cooperativa.

Em continuação, a Constituição Federal de 1988 advém com regras e princípios que apoiam o movimento cooperativo. Prevê a liberdade de associação na forma de cooperativa, independentemente da autorização do Estado, o tratamento fiscal adequado para o ato cooperativo, para as cooperativas de crédito e de mineração. Em face desta previsão, as disposições da LCB contrárias ficam sem efeitos, especialmente as que estabelecem a intervenção estatal.

Além disso, em 2003, um novo Código Civil entrou em vigor, com um capítulo específico sobre as sociedades cooperativas (artigos 1093-1096). A lei se refere aos princípios cooperativos e suas características, com alterações pontuais em seu regime jurídico, como por exemplo, a possibilidade de constituição das cooperativas sem capital social e responsabilidade ilimitada. Além disso, a adoção ao tipo de sociedade cooperativa faz com que ela seja classificada como “simples”, independente do objeto que exercer.

Assim, as cooperativas são tipos societários próprios e seguem as regras previstas na lei de cooperativa e, no caso de lacunas legislativas, a disciplina das sociedades simples. Há alguma resistência no Brasil de reconhecer a estrutura empresarial das cooperativas que se organizam como tais, assim como reconhecer a natureza jurídica dessas sociedades. Essas questões refletem o deslocamento das cooperativas no Brasil, seja pela dificuldade de reconhecer a disciplina jurídica especial, seja por equipará-la a tipos societários.

W. FRANKE (1973:148-49) já observava que a questão do enquadramento da cooperativa como outro tipo societário ou de outra natureza (civis ou comerciais) é atribuído apenas por problema de política legal, devido a razões meto-

dológicas, didáticas e científicas de mantê-la vinculada em ramos autônomos do direito (direito civil, direito comercial, etc.). Contudo, adverte o autor que mais importante do que classificar formalmente as cooperativas como civis ou comerciais, é criar uma estrutura legal e com mobilidade operacional que lhe permita viver e prosperar na economia de mercado, fomentando a concorrência com organizações capitalistas.

VERÇOSA (Paiva: 109-10) critica a técnica adotada pelo legislador no Código Civil, pois as cooperativas são um tipo especial de sociedade, de natureza *sui generis* e sujeitas a regras próprias; e não deveriam ser classificadas como outros tipos de sociedades. Em sua opinião, as cooperativas são sociedades híbridas, a meio caminho entre as sociedades empresárias e civis, uma vez que estão sujeitas ao Órgão de Registro Público de Empresas Mercantis e atividades Afins (Lei 8.934/94, artigo 32, II, “a”) e estão excluídas da falência.

A falta de reconhecimento das características econômicas e jurídicas da cooperativa é vista com mais clareza na legislação societária. Há cooperativas que se organizam como empresas para que possam competir no mercado, sem prejuízo da natureza interna da sociedade cooperativa. Mas elas não têm o apoio legal adequado para lidar com as relações internas dos cooperados, realizar o seu objeto social, obter crédito e outras formas de capitalização, a ponto de ficarem inviáveis e vazias de sua finalidade, como será discutido a seguir.

2.1. Aspectos societários centrais e a atividade econômica da cooperativa

A sociedade cooperativa tem princípios, valores e organização econômica peculiares, que são consolidados em suas regras. É um modelo de sociedade democrática, estruturada de forma a incentivar a participação de todos os parceiros na gestão, atividade social e econômica, sendo a atividade cooperativa um de seus principais ativos.

A soma da participação de cada sócio agrega valor à cooperativa, com uma força diferente no mercado. A cooperação entre os sócios é fundamental para o resultado da atividade econômica da cooperativa e lhes permite ter uma melhora econômica (FRANKE, 1973:14-16).

Os cooperados são provedores e usuários, com a identidade entre os objetivos da cooperativa e de seus membros. O objetivo dos sócios é permitir o fornecimento e acesso ao produto ou serviço, além de suas aspirações econômicas, sociais e culturais. O objetivo da cooperativa é definido em termos da meta desses

membros, afinal a ideia de organização sob a forma de uma cooperativa traz implícito o escopo de todos os sócios agregarem os seus ativos para caminhar no mesmo sentido e conjuntamente na forma da cooperativa – que viabilizará a meta social. Caracteriza-se, então, pela mutualidade, pela participação dos sócios no desenvolvimento da atividade constitutiva da cooperativa e também pelo fato de que todos os sócios têm direitos e deveres decorrentes da relação com a cooperativa, não sendo a cooperativa uma intermediária na cadeia de produção.

Enfim, é prioridade nas cooperativas a participação de seus membros na atividade social, econômica e em sua gestão, tendo em conta que eles são essenciais para obter os propósitos cooperativos. Para manter os cooperados, é importante, portanto, que a cooperativa fomente a sua participação, garantindo seus direitos políticos e econômicos, além do estímulo econômico com o pagamento das antecipações e das sobras. E também, que haja o apoio na lei e nas políticas públicas, de modo que assegure a estabilidade da cooperativa e dos sócios.

As cooperativas podem se organizar de forma diferenciada em conformidade com seus objetivos e filosofias. Embora estejam sujeitas ao regime de cooperativa, elas podem se revestir de uma finalidade preponderantemente social, cultural ou econômica – organizando-se como empresas. Estas últimas, as que serão analisadas neste estudo, situam-se em função da atividade econômica exercida, que pode ser a produção ou comercialização, o uso ou consumo, de bens ou serviços, de acordo com a necessidade ou o interesse dos sócios³.

Partindo de abordagem estabelecida por W. FRANK (1973:23-31), a execução da atividade econômica ocorre por intermédio de negócios classificados como internos, externos, auxiliares e acessórios.

O primeiro desses negócios (internos) corresponde a um desmembramento decorrente da relação societária, pela qual o sócio tem o dever de contribuir para a prestação, bem como o direito de ter acesso aos serviços da cooperativa. Correspondem, portanto, à relação de trocas entre o sócio e a cooperativa, de

3. A LCB (art. 5º) prevê que as cooperativas poderão ter como objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade. Demais disso, o artigo 6º dispõe de classificação estrutural da sociedade cooperativa, por grau e nível associativo, mistas ou não em função de seu objeto. Ademais, a OCB sugere a seguinte classificação: agropecuária; consumo; crédito; educacionais; especial – composta por cooperativas constituídas por pessoas que necessitam ser tuteladas; habitacional; infraestrutura; mineral; produção; saúde; trabalho; turismo e lazer; e especial – formado por cooperativas que não se enquadram em outros ramos. Ver: <http://www.ocb.org.br/site/ramos/institucional.asp>.

prestações inerentes ao objeto social⁴. Observe-se que não existe, nesta relação, a natureza de prestação de serviço ou de contrato empresarial diverso entre a cooperativa e os cooperados, sendo a relação de natureza essencialmente societária.

A cooperativa responde diretamente aos interesses dos sócios e é um prolongamento dos mesmos, sendo uma intermediadora no sentido de que é sujeito de direitos e obrigações que atua por conta dos sócios (com base na vontade deles), porém em nome próprio. Nos negócios internos não há a intermediação econômica para obter vantagem dos sócios, nem há o intuito lucrativo, eis que a cooperativa organiza os meios de produção para os sócios e traz vantagem financeira aos mesmos, que, sozinhos, teriam dificuldade de viabilizar. Assim, a cooperativa estrutura a atividade para os sócios, comprando e vendendo seus produtos, bem como contratando os serviços que viabilizarão a execução da atividade.

Com tal desiderato, externamente, a cooperativa procura obter vantagem própria e egoística contrária a de terceiros na concretização de seu objeto social. O negócio externo é o que se realiza entre a cooperativa e o mercado, e por meio dele, a cooperativa coloca/obtem produtos/serviços no/do mercado. Em outras palavras, a cooperativa (empreendimento negocial comum) desenvolve uma atividade intermediadora e representativa do interesse dos sócios, que é composta pela celebração de negócios jurídicos com terceiros, vendendo produtos dos sócios ou prestando serviço dos sócios para o mercado, ou, ainda, adquirindo produtos/serviços de terceiros para os sócios. O negócio externo é, portanto, conectado ao interno, ao objeto social e regido pelo estatuto social da cooperativa (FRANK, 1973:24-26).

Além desses negócios internos e externos, há os que são celebrados com não-sócios e que dizem respeito ao objeto social. Esses atos são permitidos de forma limitada por lei e correspondem à participação dos não-sócios no objeto social. Sem

4. Esses negócios são caracterizados por atos denominados cooperativos. Sobre o conceito de ato cooperativo, a lei o define como aqueles praticados entre as cooperativas e seus sócios, assim como por cooperativas sócias entre si para a consecução da finalidade social (LCB, art. 79). Há uma corrente que sustenta a extensão do conceito de ato cooperativo de modo a abarcar os negócios e as relações que sejam necessárias para cumprir o objetivo social. Nesse sentido, R. L. BECHÓ (2002 : 154-60). Não estamos de acordo com essa opinião em virtude da natureza jurídica da relação entre a cooperativa e seus sócios, do negócio realizado entre eles e pelas especificidades estruturais da cooperativa. Enfim, pela essência da cooperativa, o ato cooperativo tende a ser restrito ao intercâmbio de atividades entre os cooperados e as cooperativas para viabilizar o objeto social.

prejudicar a característica da mutualidade, terceiros podem se favorecer da estrutura da cooperativa de modo pontual para vender os seus produtos, prestar ou usar os serviços da cooperativa mediante remuneração proporcional ao serviço fornecido ou adquirido por ser favorável à cooperativa⁵.

Por fim, há os negócios auxiliares e acessórios. Os primeiros correspondem àqueles que são feitos para viabilizar a atividade econômica, sendo secundários em relação ao objeto principal, porém imprescindíveis para a realização deste. Já os segundos (acessórios) dizem respeito aos negócios mais ocasionais e que não estão diretamente ligados ao objeto principal.

Internamente, é regida pelo conjunto de regras inerentes à relação entre o sócio e a sociedade e à organização econômica da atividade cooperativa. A sociedade controla a qualidade e os níveis de produção, cobrando dos sócios ou de terceiros para que sejam oferecidos aos sócios (utentes) ou ao mercado com eficiência. A organização habitual e o profissionalismo trazem resultados econômicos aos cooperados e permitem que o objeto social e o objetivo da cooperativa sejam concretizados, tornando o tipo acessível aos cooperados por propor uma organização coletiva de sua atividade econômica e do empreendimento – com acesso ao serviço da cooperativa.

Essa classificação doutrinária dos negócios da cooperativa traz parâmetros claros da organização da atividade (FRANK, 1973:22-31). Na prática, contudo, a aplicação pode ser confusa ao contrapor tais conceitos aos atos e negócios isolados que integram a atividade da cooperativa. Os negócios são complementares e, na maioria das vezes, dependentes entre si, gerando interpretações distintas sobre a caracterização de ato cooperativo ou não. E o entendimento de ser “ato cooperativo” ou não traz consequências distintas na distribuição e percepção dos resultados, no âmbito tributário e na responsabilidade do cooperado. Além da necessidade de se construir parâmetros legislativos e doutrinários que delimitem tais negócios, é relevante estabelecer orientações sobre a organização e o regime econômico das cooperativas, que será aprofundado no próximo capítulo.

5. Como exemplo de tal permissão tem-se o art. 85 da LCB, que permite às cooperativas agropecuárias e de pesca a aquisição de produtos de não-associados do mesmo ramo (agricultores, pecuaristas ou extrativistas) para completar lotes objetos de contratos ou para suprir a capacidade ociosa de instalações industriais das cooperativas.

2.2. A LCB e o regime econômico da cooperativa

A cooperativa possui um regime econômico particular, desenhado para realizar o seu objeto social, abarcar todos os negócios e aportar benefícios econômicos e sociais, diretamente, aos sócios e, indiretamente, à coletividade. Esse regime requer uma contabilidade própria e distinta consoante à natureza do negócio.

Os negócios celebrados internamente, que correspondem ao ato cooperativo, particularizam o regime econômico da cooperativa. Aqui, os sócios contribuem à prática do ato cooperativo e dividem as *sobras* ou *perdas* na proporção da contribuição/uso dos serviços gerados pela cooperativa, com os descontos das despesas expendidas para viabilizar a operação, seja realizar a compra, contratar serviço, distribuir bens ou serviços no mercado⁶.

Ou seja, se verificadas *perdas* ao final do exercício social, segundo o artigo 89 da LCB elas serão cobertas pelo Fundo de Reserva e, em segundo lugar, pelos sócios, na proporção direta dos serviços que usufruírem. Observe-se que apesar de o artigo adotar a nomenclatura *prejuízo*, a interpretação mais apropriada do dispositivo remete às *perdas*, conta própria das cooperativas, quando houver resultado negativo no fechamento das operações dos atos cooperativos⁷.

O regime econômico para os negócios centrados em atos que não forem caracterizados como cooperativos é diverso, com contabilidade e normas fiscais próprias. Resulta, entre outros, da provisão dos bens e serviços a terceiros, da participação

6. Em relação à organização das despesas, a LCB (art. 80) faculta à cooperativa separar as despesas gerais da sociedade e estabelecer o rateio separando as despesas “gerais” ou “proporcionais” (artigo 80, LCB). O rateio das despesas gerais a ser feito em partes iguais por todos os sócios, independentemente da participação destes em algum ato cooperativo no exercício social corrente. E, o rateio das despesas proporcionais a ser feito apenas entre os sócios que tenham desfrutado dos serviços da cooperativa, depois de deduzidos os gastos gerais. Embora estejamos trabalhando com os conceitos da legislação, considerando o foco do presente trabalho, vale a observação que a Norma Brasileira de Contabilidade NBC T 10.8 estabelece as nomenclaturas dispêndio e despesa para contabilizar os custos. A movimentação decorrente do ato cooperativo será definida como ingressos e dispêndio; e como ato não cooperativo como receita, custos e despesas.

7. Em nossa opinião, a redação do artigo deveria adotar o termo *perda* no lugar de *prejuízo*, por ser aquela a conta contábil que reflete os resultados negativos em decorrência dos negócios centrados em atos cooperativos. Para fins de padronização de nomenclaturas, adotaremos, neste texto, o termo *prejuízos* sociais para o resultado do exercício negativo em decorrência dos negócios centrados em atos que não sejam caracterizados como cooperativos. A NBC T 10.8 também apresenta coordenadas sobre a nomenclatura contábil a ser adotada quando trata da cooperativa, diferenciando sobras e perdas do resultado líquido (positivo ou negativo) decorrente do ato não cooperativo.

em sociedades não cooperativas, públicas ou privadas e de recursos destinados ao Fundo de Assistência Técnica, Educativa e Social. Os resultados, positivos ou negativos (*prejuízo*), são da cooperativa e não dos sócios.

Observa-se que o artigo 89 poderá trazer interpretações equivocadas de seu uso, com interferência na responsabilidade dos cooperados quanto aos *prejuízos*, gerando o entendimento de que a responsabilidade dos cooperados pelos *prejuízos* da cooperativa seria ilimitada ou na proporção das operações de cada cooperado. Mas, percebe-se que as contas são distintas e a organização contábil deverá considerar o fundamento de sua existência, qual seja: as *perdas* (decorrentes do fechamento dos atos cooperativos) serão suportadas pelos cooperados na proporção dos serviços usufruídos, depois de absorvido pelo Fundo de Reserva; os *prejuízos* serão arcados pelos cooperados na medida de sua responsabilidade (limitada ou ilimitada), de acordo com o tipo de cooperativa.

As falhas na disciplina do sistema econômico revelam, pois, a confusão de conceitos e a ausência de um tratamento apropriado e específico, entre eles: sobre a organização e distribuição dos resultados decorrentes dos negócios internos, ou seja, ato cooperativo⁸; sobre a organização dos resultados decorrentes dos negócios externos, auxiliares e acessórios; e sobre a responsabilidade patrimonial dos cooperados consoante a origem seja negócio interno e demais negócios.

Em relação aos fundos de reservas legais obrigatórios, há o Fundo de Reserva e o Fundo de Assistência Técnica, Educativa e Social. O primeiro é previsto para absorver os prejuízos do exercício (perdas), formado pelo percentual mínimo 10 % (dez por cento) das sobras líquidas do exercício (art. 28, I). Já o segundo, o objetivo é a realização de atividades sociais, relacionadas ao cooperativismo (formação e educação do sócio e dos trabalhadores sobre os princípios e valores cooperativos), treinamentos sobre o desenvolvimento dos fins da sociedade (formação e educação dos sócios e trabalhadores em matéria relacionada à ativi-

8. W. BULGARELLI (2000:82-3) registra a imperfeição da redação do sistema de rateios das despesas e distribuição de sobras, que naturalmente só poderá haver após o rateio das despesas e só terá direito quem tiver participado das operações. Justifica que a doutrina cooperativista pleiteava a possibilidade de as cooperativas dividirem as suas despesas em gerais e operacionais, rateando as primeiras entre os associados indistintamente, operassem ou não com a cooperativa, e as segundas apenas entre os que efetivamente lhe deram causa, ou seja, aqueles associados que operaram com a cooperativa. A lei consignou esta forma de maneira facultativa, podendo adotá-la as cooperativas que o quisessem, mas infelizmente, a má compreensão dessa divisão levou os técnicos governamentais a modificar a redação original do anteprojeto, estabelecendo confusão entre a divisão de despesas e distribuição de sobras.

dade societária ou técnicas empresariais) e atividade de interesses gerais, composto pelo percentual mínimo de 5% das sobras líquidas do exercício e do resultado líquido decorrente do ato não cooperativo⁹.

Estes fundos legais obrigatórios possuem destinação própria e são, por essência, irrepatriáveis. Na legislação brasileira, o art. 4, VIII, da LCB firma que os dois fundos legais obrigatórios são irrepatriáveis, e o Código Civil, por sua vez, traz expressamente que o fundo de reserva é indivisível (art. 1.094, VIII). Como esta última norma não faz referência ao Fundo de Assistência Técnica, Educativa e Social, G. KRUEGER (2002:114-16) questiona se tal omissão não implicaria em retirar a característica de indivisibilidade do mesmo. Nada obstante o entendimento deste autor, entendemos que a indivisibilidade do fundo em referência não foi afetada, pois não há uma disciplina expressa que contrarie a norma da LCB, retirando a condição de indivisibilidade.

Ademais, a previsão legal de fundos sociais irrepatriáveis para a cooperativa são particularidades deste tipo societário, permitindo que as cooperativas reforcem o seu patrimônio em compensação à variabilidade do capital social. Afinal, o patrimônio social das cooperativas é inicialmente composto pela entrada dos sócios no capital social, se a sociedade cooperativa o tiver, ou posteriormente vai se formando com o desenvolvimento da atividade econômica, sendo marcado por oscilações conforme os ganhos ou perdas da sociedade. Se o resultado for positivo, as sobras poderão ser distribuídas totalmente ou parcialmente, sendo que uma parte deverá ser conservada para formar as reservas obrigatórias. (APARÍCIO MEIRA, 2007:89-91).

Aliás, acerca da noção de capital social, também há peculiaridades no tema cooperativa. Regularmente, o conceito de capital social está associado a uma cifra abstrata e estável do passivo que representa os valores patrimoniais comprometidos, enfim, operando como uma espécie de cifra de retenção que serve de garantia para os credores por obrigar a sociedade a conservar os bens necessários para cobrir a cifra do capital. Contrariamente ao regime do capital social das demais

9. A LCB permite que os sócios das sociedades cooperativas formem fundos voluntários, rotativos ou não (constituídos pelos sócios, com a disciplina estabelecida em estatuto ou em assembleia geral) – art. 28, § 1º. Trata-se de uma reserva estatutária formada por recursos provenientes de origens diversas, a exemplo da destinação das sobras, contribuição espontânea dos sócios, retenção sobre o movimento financeiro dos sócios ou qualquer outra forma de captação de recursos, com a destinação, aplicação e liquidação fixadas pelos sócios em assembleia. Destina-se a investimentos específicos e suplementares ao capital de giro e a lei não lhes reserva a natureza indivisível ou impenhorável.

sociedades, o da sociedade cooperativa representa a quantia variável em virtude do princípio da adesão voluntária livre e a sua oscilação independe dos resultados positivos ou negativos da atividade empresarial¹⁰, de modo que a ideia de cifra de retenção é relativizada¹¹.

Segundo I. G. FAJARDO GARCIA (1997: 24): “é uma cifra contábil de natureza variável, formada pelo conjunto das aporções obrigatórias e voluntárias dos sócios e (em seu caso) associados”¹². Apesar da variabilidade do capital social, ele é um recurso próprio da sociedade cooperativa, sendo materialmente formado pelas entradas voluntárias e obrigatórias dos sócios e deverá respeitar as normas previstas no estatuto social, como limites mínimos e máximos do capital nominal, formas de subscrição e de liquidação diante da retirada do sócio¹³. É um empréstimo especial dos sócios para a sociedade cooperativa, obedientes ao compromisso social que eles assumem com a sociedade cooperativa, sendo que a sua natureza é de uma dívida não exigível, um capital de risco.

Essa classificação sobre a natureza do capital social compreende diretamente a classificação jurídica e contábil dos valores (instrumentos financeiros) que são aportados pelos sócios a título de aquisição de quotas e de direito de resgate quando de sua retirada da sociedade. Pela interpretação da atual LCB e do Código Civil o direito de resgate é indisponível.

Os pronunciamentos técnicos contábeis n. 38 e 39 e a Instrução Técnica IPC 14 trouxeram uma disposição complementar à norma contábil NBCT 10, sobre a forma de contabilizar as quotas sociais. Segundo tais disposições, as coopera-

10. Poderá haver aumento do capital porque a situação da empresa é próspera e o patrimônio social é superior à cifra do capital social; ou obrigatória, porque são necessárias novas entradas dos sócios, emitindo-se novas quotas ou títulos de capital. E, ainda, poderá reduzir a cifra para adequar à verdadeira situação patrimonial. Porém, não são essas as razões exclusivas, uma vez que poderá aumentar ou diminuir em função da entrada ou saída do sócio. Nesse sentido, ver D. M. M. APARÍCIO MEIRA, *O regime econômico das cooperativas no direito português – o capital social*, Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Vigo, Espanha, 2007, p. 92.

11. Nesse sentido ver, I. G. FAJARDO GARCIA (1997: 25); e F. VICENT CHULIÁ (1994:211).

12. Em tradução livre de: “cifra contable de naturaleza variable, formada por el conjunto de las aportaciones obligatorias y voluntarias, de sus socios y (en su caso) asociados.”

13. Segundo M. PANIAGUA ZURERA (2005:247), as entradas para o capital social são objeto de liquidação e, em virtude disto, poderá variar em conformidade com a situação líquida da cooperativa, sendo um capital de risco do sócio.

tivas devem contabilizar tais valores na conta *patrimônio líquido*, se há restrições na legislação, em regulamentações ou no estatuto social ao resgate das quotas sociais; ou na conta *passivo*, se houver resgate.

No caso de classificá-las como patrimônio líquido, a cooperativa tem o direito incondicional de não devolver os valores em sua totalidade. Já na hipótese de as quotas caracterizarem-se no Estatuto Social como resgatáveis, em totalidade ou parte – quando se referem às ressalvas legais associadas aos limites de liquidez –, serão contabilizadas como passivo.

Essa disciplina poderá interferir na capitalização das cooperativas, uma vez que afeta a análise dos riscos, e nos limites de solvência das cooperativas que desenvolvem atividades reguladas (como as cooperativas de saúde e seguradoras), gerando insegurança aos prestamistas e demais credores. A outra questão problemática é impossibilidade de resgate das quotas sociais prevista na norma, ainda que seja contrária à legislação.

Tais pronunciamentos técnicos mais revelam a desconsideração dos caracteres da sociedade cooperativa, com o uso inadequado de conceitos e institutos.

Ademais, existe a possibilidade de constituição de cooperativas sem capital social no Brasil desde o Código Civil de 2002, previsão sugerida a partir da ideia de diminuir barreiras à livre associação e formação de cooperativas, embora, por outro lado gere instabilidade para os sócios e credores das cooperativas que exercem atividade econômica empresarial¹⁴. Neste caso, a responsabilidade dos cooperados pelos prejuízos será ilimitada¹⁵.

14. Na literatura estrangeira existe a reflexão sobre a adequação da medida de se suprimir o capital social. Afinal, prejudicaria à atração de aportes de capitais. Nesse sentido, as legislações cooperativas se preocupam em estabelecer mecanismos protetores ao capital social, como um limite mínimo fixo, estabelecido no estatuto social, e que só possa ser modificado por acordo social, após a oposição dos credores; limitações para o exercício do direito de retirada do sócio; a disciplina para a liquidação das quotas-sociais, que poderá ser incrementado com juros ou atualização aos interesses gerados; a impossibilidade de reembolso, se a cooperativa estiver em situação de desequilíbrio patrimonial e não puder fazer frente aos seus credores; entre outras, como o estabelecimento de prazo de vinculação aos sócios que saírem para que eles respondam pelas dívidas sociais em relação às dívidas anteriores. Com tais medidas, o capital social não perderia a característica de ser uma garantia a terceiros e, por isso, integra o patrimônio da sociedade cooperativa. Ver: I. G. FAJARDO GARCIA (CHULIÁ *et all.*, 2005: 5.243-47); D. M. APARÍCIO MEIRA (2007) e I. G. FAJARDO GARCIA (1997).

15. Os artigos 11, 12 e 13 da LCB estabelecem que a responsabilidade do cooperado será limitada (ao capital subscrito) ou ilimitada (pessoal e solidária pelos compromissos da sociedade), conforme previsto no estatuto social. Em ambas, a responsabilidade somente será invocada depois de a dívida ser exigida da cooperativa.

Essas são algumas características relativas à organização econômica da sociedade cooperativa selecionadas para retratar o universo da complexidade da cooperativa. E, justamente esta organização, é um ponto frágil na disciplina jurídica brasileira, podendo trazer dificuldades quando envolve a organização dos resultados econômicos – inviabilizando a consecução do objetivo econômico dos cooperados – e a delimitação da responsabilidade do cooperado.

2.3. Uma visão geral sobre a administração e os órgãos sociais

De acordo com a LCB, a administração da cooperativa é exercida por um Conselho de Administração e ou uma Diretoria (art. 21, V, LCB). Ainda que a LCB use todos estes termos, não estabelece as atribuições dos órgãos de administração e deixa para o estatuto social a tarefa de disciplinar o modo de administração, as atribuições e o funcionamento.

Cada cooperativa pode adotar o seu modelo de administração. Um dos modelos mais comum é o plural (ou, entre nós, dualista), com a previsão de dois órgãos. Nesse modelo, a diretoria é o órgão de execução, com atribuições para decidir e agir, enquanto que o conselho de administração é o órgão colegiado com faculdade para orientar, assessorar e controlar a gestão da diretoria. O outro modelo é o singular (monista), no qual só existe um órgão de gestão e ação. Por questões conceituais sobre a natureza dos órgãos em matéria de direito societário brasileiro, este deveria ser a diretoria, porém há cooperativas que estabelecem o conselho de administração como único órgão, atribuindo-lhe também poderes de gestão e execução.

Esse sistema da LCB, de estabelecer liberdade sobre a estrutura de administração e mencionar os dois órgãos sem fixar as atribuições, reflete no uso não apropriado dos órgãos de administração, como se verá a seguir. Cabe a observação sobre a data da lei, que foi anterior a outras importantes legislações no Brasil e sem estudos avançados sobre os órgãos de administração.

Portanto, para manter coerência em matéria de administração, a LCB deve ser interpretada com ajuda das regras de direito societário e, ao definir a estrutura em cooperativa, ter em conta a compatibilidade com a dimensão e organização da cooperativa. (KRUEGER - MIRANDA, 2007: 240).

Esses órgãos devem ser ocupados exclusivamente pelos sócios, eleitos por assembleia geral para mandatos previstos no estatuto social, sendo o período

máximo de 4 (quatro) anos¹⁶. Não podem ser eleitos aqueles que sejam impedidos por lei, em virtude de condenação criminal ou em virtude de parentesco de segundo grau, em linha reta ou colateral, com outro administrador.

A LCB não dispõe sobre a quantidade de membros dos órgãos, apesar de prever a mudança periódica de 1/3 dos membros do Conselho de Administração. Não existe essa exigência para a Diretoria e questiona-se se existe necessidade de aplicar a regra para a Diretoria.

Como não há limitação proveniente da lei, existe doutrina no sentido de que esta regra se aplica somente ao Conselho de Administração (KRUEGER - MIRANDA, 2007:240). De outro lado, o nosso entendimento é que essa regra deve ser observada para os dois órgãos, já que o objetivo do legislador é evitar a perpetuidade dos grupos e permitir uma ampla participação dos sócios na gestão da cooperativa. Não há sentido em deixar de aplicar esta previsão àquelas cooperativas que tenham adotado o modelo monista com a Diretoria, ou mesmo o modelo dual, uma vez que a competência para a eleição da Diretoria é sempre da assembleia geral.

A LCB permite que os estatutos sociais prevejam a criação de outro órgão que seja necessário à administração (§ 1, art. 47) por previsão estatutária. Esse órgão, que podemos considerar como um órgão consultivo de assessoramento técnico, terá as suas próprias funções e atuará entre os órgãos de administração e assembleia de sócios, com propósito de contribuir ao exercício da administração. Sem embargo, não tem as mesmas faculdades da Diretoria e do Conselho de Administração. A cooperativa poderá, ainda, contratar como empregados gerentes técnicos ou comerciais, que não são sócios, para o desempenho de funções específicas de desenvolvimento de atividades administrativas (art. 48. LCB).

Além da limitação de atuação proveniente das atribuições fixadas nos estatutos sociais, os órgãos de administração estão sob o controle da assembleia geral de sócios e membros do conselho fiscal.

A assembleia geral é o órgão supremo da cooperativa, por meio do qual se torna externa a vontade dos sócios. Este corpo é superior aos órgãos de admi-

16. Observem que no modelo dualista, é comum estabelecer no Estatuto Social que a competência a eleição do órgão diretivo é do Conselho de Administração. Essa interpretação não se aplicaria às cooperativas, uma vez que a Lei estabelece como competência originária a assembleia geral.

nistração, já que é por intermédio da assembleia que os sócios controlam a gestão dos administradores¹⁷.

Ao lado dos órgãos da administração está o Conselho Fiscal, que tem a função específica de verificar a regularidade de gestão, supervisionar as ações dos administradores, emitir parecer anual sobre as contas dos administradores e convocar assembleia geral para denunciar irregularidades na administração. Este órgão é de existência obrigatória e funcionamento permanente, formado pelo número mínimo de três membros regulares e três suplentes, todos sócios, com mandatos de um ano. Não poderão ser membros os familiares dos membros dos órgãos de administração, até o segundo grau em linha reta ou colateral, consanguíneos ou afins.

A responsabilidade dos membros dos órgãos de administração, dos membros do conselho fiscal e do órgão consultivo de assessoramento técnico define-se a partir de suas atribuições e limitações da lei, estatutos sociais e objeto social. Consideramos que a estrutura de administração também repercute na responsabilidade, uma vez que esta é diretamente associada às atribuições de cada órgão.

Os administradores e os prestadores que sejam contratados para o suporte à administração apenas serão solidariamente responsáveis pelas perdas à cooperativa resultantes de suas ações dolosas ou omissões. Se a sociedade ratificar tal feito ou se beneficiar do resultado, ela passará a responder por tais negócios (art. 49). Essa disposição se complementa com o disposto no Código Civil e na Lei n. 6.404/76 (Lei de Sociedade por Ações), incluindo a responsabilidade por descumprimento dos princípios e condutas previstos na lei, a exemplo dos deveres de diligência, lealdade, informação e finalidade – faltando a observância dos interesses sociais.

17. A assembleia poderá ser ordinária ou extraordinária segundo a matéria e data. São atribuições da assembleia: a aprovação das contas proporcionadas pela administração, a eleição, remoção e substituição dos membros do Conselho Fiscal e da administração, a remuneração dos administradores; discutir a mudança do objeto social e da forma societária; e, por fim, tratar de qualquer assunto de interesse social (incluindo a análise dos atos da administração). As decisões da assembleia ocorrem na proporção de um voto por cooperado e o quórum necessário para a deliberação é a maioria dos presentes, se o estatuto social não estabelecer outro; ou 2/3 para temas específicos como a reforma do estatuto social, fusão, cisão, transformação, dissolução e liquidação da sociedade.

A LCB estabelece, ainda, responsabilidade direta dos administradores e dos que participam das ações e transações que ocultem a natureza da sociedade cooperativa (art. 50).

Em relação ao Conselho Fiscal, nem a LCB nem o Código Civil possuem previsão específica em matéria de responsabilidade. Portanto, também aqui, podemos pensar na aplicação supletiva da Lei de Sociedade por Ações, que prevê a responsabilidade dos membros por danos resultantes do descumprimento das funções e atuação com negligência ou dolo, ou com a violação da lei ou estatuto social.

Neste sentido, o artigo 165 da Lei 6.404/1976 prevê a responsabilidade dos membros por danos resultantes do descumprimento das funções e atuação com negligência ou dolo, ou pela violação à Lei ou ao Estatuto Social. A responsabilidade será pessoal caso seja ocasionada por ação dos membros e será solidária entre os membros se for proveniente de omissão e se o membro que estiver em desacordo com não registrar a sua divergência.

A Lei estabelece também no artigo 53 da LCB que os membros da administração, do conselho fiscal ou liquidante da sociedade sejam considerados como diretores das companhias para os fins de responsabilidade penal. Assim, os membros estão sujeitos à disciplina do Código Penal se transmitirem informações falsas sobre as condições financeiras da sociedade cooperativa, se atuarem em conjunto na aprovação das contas e pareceres ou se distribuírem lucros ou dividendos fictícios (ou melhor, distribuição das sobras).

Por último, vale a lembrança de que os diretores e sócios que têm interesses nos temas que são objetos de deliberação estão impedidos de votar, sob pena de caracterização de conflito de interesses (art. 52, LCB). Apesar da previsão da LCB restringir o dever de não votar à figura do Diretor, o conflito de interesses se aplica a todos os administradores, sejam conselheiros ou diretores, ao deliberar, em virtude do artigo 1017 do Código Civil (para “sociedade simples”) e da Lei de Sociedades por Ações.

Essas são algumas disposições sobre a responsabilidade do administrador que, se mal direcionada, poderá ampliar a responsabilidade do administrador (cooperado) perante a cooperativa. Saliente-se ainda, que no Brasil a aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica nos tribunais por vezes é feita sem que haja a observância dos pressupostos da norma (fraudes, abuso de direito e práticas contrárias ao estatuto social e à lei) em relação aos atos praticados pela

pessoa jurídica. Os administradores, representantes e sócios, são diretamente alcançados por esta aplicação¹⁸.

18. O tema é tratado no art. 50, Código Civil, e em legislações esparsas, a exemplo da: Lei 12. 529/2011, Lei 8.078/1990, Lei 9.605/1978, Consolidação da Legislação de Trabalho e Código Tributário Nacional. A aplicação de tal instituto tem evoluído nos tribunais brasileiros e hoje já é possível verificar decisões cautelosas, embora ainda seja forte a tendência a desconsiderar de forma ampla e sem critérios. Veja: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DUPLICATA. AÇÃO DE EXECUÇÃO. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO. REINÍCIO DA CONTAGEM. ÚLTIMO ATO DO PROCESSO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DEMANDA AJUIZADA CONTRA COOPERATIVA. SUBSTITUIÇÃO PELOS SEUS DIRETORES. PRESCRIÇÃO INTERROMPIDA COM A CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA, NÃO DA PESSOA FÍSICA. 1. O prazo prescricional para a execução de duplicata se interrompe com o ajuizamento da ação executiva e somente tem novo começo com o último ato do processo. 2. Se o devedor do título é a pessoa jurídica e a execução foi contra ela ajuizada, é desse marco que se conta a interrupção da prescrição, e não do ingresso dos seus diretores na demanda, ocorrido posteriormente em virtude da desconsideração da personalidade jurídica. 3. Recurso especial não-conhecido. (REsp 885.440/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 01/03/2010); “PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR. PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO. INAPLICABILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. TUTELA DA EFICÁCIA DO PROCESSO. ART. 798 DO CPC. DECISÃO MANTIDA. 1. O poder geral de cautela, positivado no art. 798 do CPC, autoriza que o magistrado defira medidas cautelares ex officio, no escopo de preservar a utilidade de provimento jurisdicional futuro. 2. Não contraria o princípio da adstrição o deferimento de medida cautelar que ultrapassa os limites do pedido formulado pela parte, se entender o magistrado que essa providência milita em favor da eficácia da tutela jurisdicional. 3. No caso, a desconsideração da personalidade jurídica foi decretada em caráter provisório, como medida acautelatória. Dessa forma, a aventada insuficiência probatória do suposto abuso da personalidade jurídica não caracteriza ofensa ao art. 50 do Código Civil vigente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 429.451/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 18/09/2014).”; “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO - INSCRIÇÃO INDEVIDA - DANO MORAL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - INSOLVÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA - DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA - ART. 28, § 5º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STJ - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA RÉ. 1. É possível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária - acolhida em nosso ordenamento jurídico, excepcionalmente, no Direito do Consumidor - bastando, para tanto, a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, é o suficiente para se “levantar o véu” da personalidade jurídica da sociedade empresária. Precedentes do STJ: REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 12/9/2011; (Resp 279.273, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andriighi, 29.3.2004; REsp 1111153/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 04/02/2013; REsp 63981/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Rel. p/acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJe de 20/11/2000. 2. “No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante

2.4 A disciplina da liquidação e insolvência de cooperativas e a responsabilidade patrimonial dos cooperados

A LCB estabelece como causas de dissolução da cooperativa: por assembleia geral, se os sócios deliberarem que não podem garantir a continuidade da cooperativa; pelo término do período de duração; por atingir os objetivos predeterminados; devido à mudança da forma jurídica; por redução do número mínimo de sócios ou do capital social mínimo se até a assembleia geral subsequente, realizada em prazo não inferior a seis meses, tais condições não tenham sido restabelecidas; pelo cancelamento da autorização para funcionar; e pela paralisação de suas atividades por mais de cento e vinte dias (artigo 63). Quanto à forma de dissolução, a sociedade cooperativa poderá se dissolver de pleno direito de forma voluntária, por deliberação da assembleia, ou judicial, por iniciativa de qualquer sócio.

A liquidação segue o mesmo modo de dissolução, sob a condução de um liquidante nomeado por assembleia geral ou pelo judiciário, de acordo com o procedimento – extrajudicial ou judicial. A parte da norma que previa interferência do órgão executivo federal nos procedimentos de liquidação foi derogada pela Constituição Federal/1988, como já foi mencionado acima, em relação às cooperativas que exercem atividades econômicas não pertencentes a setores regulados¹⁹.

Ademais, a LCB dispõe sobre o instituto *liquidação extrajudicial* para as cooperativas insolventes ou sem condições operacionais. Antes da Constituição Federal/1988, a declaração de insolvência era de competência do órgão executivo federal, com intervenção nas cooperativas para nomear um interventor que as administrasse e fosse responsável pela liquidação (art. 75). Agora, a liquidação passou a tramitar de forma relativamente livre para a cooperativa em crise, pois a assembleia delibera pelo estado de liquidação, interrompe as atividades e elege um liquidante responsável pelo processo de liquidação extrajudicial da cooperativa. Na prática, os administradores das cooperativas estão valendo-se dessa

a aplicação da disregard doctrine, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária” (REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 12/9/2011). 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1106072/MS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 18/09/2014)”.

19. As cooperativas que exercem atividades econômicas pertencentes a setores regulados seguem o regime disposto às mesmas pela legislação específica, como é o caso das cooperativas de crédito, cooperativas médicas ou odontológicas, para as quais há intervenção e o regime de liquidação próprio conforme as respectivas regulamentações.

situação para não pagar os credores e encerrar as atividades. A ausência de uma disciplina atual tem aberto à criação de procedimentos, com a vantagem de ter a suspensão das ações judiciais pelo prazo de um ano (prorrogável por outro ano mais), segundo a LCB.

Por fim, é importante registrar que as cooperativas não estão sujeitas ao regime comercial de recuperação e falência – Lei n. 11.101/2005. Com a sua insolvência, as soluções recorridas são a própria liquidação extrajudicial, a liquidação na forma judicial ou a insolvência civil (concurso dos devedores civis). A situação concursal das cooperativas no Brasil é confusa. As decisões judiciais são distintas sobre a sujeição das cooperativas à liquidação (extrajudicial ou judicial) ou à insolvência civil²⁰ e sobre a aplicação das regras supletivas²¹.

20. “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - SOCIEDADE COOPERATIVA - DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA CIVIL - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - PREVISÃO DE DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO ESPECÍFICA - LEI Nº 5.764/71 - CARÊNCIA DE AÇÃO. Muito embora as sociedades cooperativas estejam definidas pela novel legislação CIVIL como sociedades simples, isto é, não empresárias, não se pode olvidar que elas também se subordinam à Lei nº 5.764/71, diploma específico que lhes regula o procedimento de dissolução (decisão de extinguir a sociedade) e liquidação (apuração dos créditos e pagamento dos débitos da sociedade dissolvida), daí por que não estão sujeitas à INSOLVÊNCIA CIVIL.” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0081.07.006218-7/001, Pub. 07/03/2008 – TJ/MG. Rel. Des. Oswaldo Portes). “COOPERATIVA – Liquidação extrajudicial – Intervenção de órgão público e sustação de ação judicial - Inadmissibilidade – inaplicabilidade do art. 65 da Lei n. 5.764/71 – Inteligência do art. 5º, XVIII, da CF – Art. 76, parágrafo único daquele diploma legal que não foi recepcionado pela atual Carta Magna. Ementa da redação: – Por força do texto constitucional não existe mais nenhum órgão público com poderes para autorizar o funcionamento, fiscalizar, controlar, intervir ou decretar a liquidação extrajudicial de cooperativas. Inviável, também, o cumprimento do parágrafo único do art. 76 da Lei n. 5.764/71, o geral previa a prorrogação do prazo de sustação das ações judiciais por mais 1 ano, não tendo sido recepcionado pela atual Carta Magna.” (RT 726/306). Ou, ainda: “Então, a pretensão da agravante está em dissonância com as conclusões do r. desp. agravado, pois liquidação judicial já existe com subsistência procedimental perante a autoridade competente e de acordo com os requisitos legais, e não se entevendo, na espécie, lesividade à agravante. Aliás, tal pretensão esbarraria em irremovível obstáculo, pois a Carta Magna vigente obsta a liquidação extrajudicial, impedindo a intervenção estatal no funcionamento e exploração da atividade econômica (CF. art. 5º, inciso XVIII), vedação essa que, ante a clareza das expressões constantes do texto constitucional, não faz exsurgir qualquer outra interpretação divergente. Ademais, a vedação supra comentada não se aplica apenas às cooperativas, como também às demais associações, razão por que se dá como correta a convicção judicante inserida na r. decisão agravada quanto a tal aspecto da inconformação.” (Agravado de instrumento nº 131.831.4/7, Relator Des. Munhoz Soares, TJ/SP).”

21. Sobre a legislação aplicável supletivamente na construção de procedimentos: “LIQUIDAÇÃO JUDICIAL - CONCURSO UNIVERSAL DE CREDITORES - SUBMISSÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS - NECESSIDADE. A execução de crédito trabalhista deve ser feita no juízo em que se processa

Esse cenário traz insegurança jurídica para os credores e afeta a credibilidade das cooperativas. Se antes a exclusão das cooperativas da falência tinha a finalidade de proteger o sistema cooperativista, e conceder uma nova oportunidade de recuperação às cooperativas, hoje as cooperativas precisam de um regime próprio para que possam manter-se no mercado e proteger os sócios (FRANKE, 1973: 148-149). Neste sentido, e considerando as limitações do presente artigo científico, enfatiza-se a responsabilidade patrimonial do cooperado como um dos pontos relevantes na matéria, conquanto interfere na escolha do cooperado pelo tipo

a liquidação de cooperativa, sendo necessária a sua habilitação ao juízo universal. Exegese do art. 23, caput, da Lei de Falência. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Mogi das Cruzes-SP, o Suscitante. (CC 28.996/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2000, DJ 12/06/2000 p. 64)". Ou que não admite a aplicação da lei de falências: "TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COOPERATIVA. LIQUIDAÇÃO JUDICIAL. EXCLUSÃO DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI DE FALÊNCIAS. JUROS MORATÓRIOS. DISPONIBILIZAÇÃO DO PRODUTO ARRECADADO NA ARREMAÇÃO AO JUÍZO UNIVERSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. 1. É princípio assente que a lei especial convive com a outra da mesma natureza, porquanto a especificidade de seus dispositivos não ensejam incompatibilidade. 2. As obrigações tributárias principais acessórias não podem ser sujeitas à criação ou extinção via processo analógico (art. 112 do CTN). 3. As sociedades cooperativas não se sujeitam à falência, dada a sua natureza civil e atividade não-empresária, devendo prevalecer a forma de liquidação extrajudicial prevista na Lei n. 5.764/71, que não prevê a exclusão da multa moratória pleiteada pela recorrente, nem a limitação dos juros moratórios, posteriores à data da liquidação judicial, à hipótese de existência de saldo positivo no ativo da sociedade. 4. A Lei de Falências vigente à época – Decreto-lei n. 7.661/45 – em seu art. 1º, considerava como sujeito passivo da falência o comerciante, assim como a atual Lei n. 11.101/05, que a revogou, atribuiu essa condição ao empresário e à sociedade empresária. No mesmo sentido, a norma insculpida no art. 982, parágrafo único c/c art. 1093, do Código Civil de 2002, corroborando a natureza civil das referidas sociedades, razão pela qual não lhes são aplicáveis os preceitos legais da Lei de Quebras às cooperativas. 5. Deveras, o crédito da Fazenda Estadual não se sujeita a eventual concurso de credores ou habilitação em falência, concordata ou liquidação, posto consubstanciar crédito privilegiado, nos termos do art. 29 da Lei 6.830/80. (Precedentes: REsp 622406 / BA, 2ª Turma, DJ de 14/11/2005; REsp 738455 / BA, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 22/08/2005; REsp 757576 / PR, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25/05/2006). 6. A simples oposição de embargos de declaração, sem o efetivo debate, no tribunal de origem, acerca da matéria versada pelos dispositivos apontados pelo recorrente como malferidos, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância especial. 7. Aplicação, in casu, dos enunciados sumulares n. 282/STF e n. 211/STJ, que assim dispõem: "Súmula 282/STF – É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada" e "Súmula 211/STJ – Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos de declaração, não foi apreciada pelo tribunal a quo." 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (REsp 770.861/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 08/10/2007 p. 214)."

societário em questão, bem como para o fortalecimento das cooperativas no ambiente de mercado, com o tratamento isonômico em relação aos demais agentes mercadológicos.

Na ocasião da liquidação ou insolvência da cooperativa, a massa a ser objeto de liquidação é composta pelos bens e direitos do devedor existentes no ato de declaração da liquidação ou insolvência, além daqueles que venham a integrar a massa patrimonial durante o respectivo procedimento. Diante da insuficiência do patrimônio social da cooperativa para liquidar as dívidas sociais, os sócios poderão ser chamados a responder pelas dívidas sociais com o seu próprio patrimônio, uma vez que são os garantidores da sociedade cooperativa ou devedores de obrigações sociais assumidas estatutariamente perante a cooperativa. Nesse momento, a responsabilidade patrimonial dos sócios será verificada, lembrando que ela poderá assumir dimensões diferentes em função da causa das dívidas.

A responsabilidade do sócio em decorrência dos negócios internos, ou seja, de sua participação na atividade econômica, está sujeita, portanto, à organização da cooperativa e ao regime econômico traçado para o ato cooperativo. Ele participará do rateio dos dispêndios, cumprirá a penalidade pecuniária que lhe for aplicada e receberá sobras ou arcará com as perdas, de modo proporcional às operações que tiver participado, após a realização do produto ou serviço final.

E, por fim, há a responsabilidade da sociedade cooperativa em relação aos prejuízos decorrentes do insucesso da atividade econômica prestada a terceiros ou de outras atividades econômicas que estão fora do ato cooperativo. Nessa hipótese, a sociedade cooperativa assume o risco empresarial próprio e o seu patrimônio responde perante terceiros. Diante da liquidação ou insolvência da cooperativa, os sócios terão a responsabilidade externa e depois do esgotamento das reservas e do restante do patrimônio social, eles são chamados a responder limitadamente à sua participação no capital social, ou ilimitadamente, segundo o regime jurídico de responsabilidade da sociedade cooperativa em questão.

É importante observar as causas de origem dos débitos de modo a não prejudicar os direitos envolvidos, cabendo aqui a observação sobre a importância do regime econômico e da organização estabelecida como forma de proteção patrimonial aos cooperados. Caberá ao liquidante (ou administrador do concurso) detectar a origem do débito. Se decorrer do descumprimento de obrigação interna dos sócios, haverá a cobrança dos créditos dos sócios, o que inclui todos os descumprimentos dos sócios e os créditos decorrentes das penalidades pela não execução das prestações, conforme a previsão estatutária. Assim, no objetivo de agir dentro do princípio da equidade e evitar a injustiça na distribuição dos resultados e acen-

tuar a exposição de determinados sócios em detrimento de outros, a individualização dos créditos e apuração da responsabilidade deve ser criteriosa, considerando o regime jurídico estatutário estabelecido pela cooperativa e os ditames legais dos sistemas de rateios previstos na LCB e o CC²².

Vale lembrar que as contas de reservas constituídas pelas cooperativas poderão contribuir neste momento de insolvência e responsabilidade patrimonial da cooperativa, diminuindo o impacto da insolvência para o cooperado e credores. Assim, a reserva legal obrigatória e outras rotativas que venham a integrar o patrimônio social poderão contribuir a tal finalidade de absorção do prejuízo social, pois embora não sejam divisíveis entre os cooperados não são impenhoráveis. Contudo em relação Fundo de Assistência Técnica, Educativa e Social remanescem dúvidas sobre a sua destinação em face da insolvência, pois não existe a previsão expressa sobre tal possibilidade.

Apesar dos fundamentos teóricos existentes sobre a destinação do fundo próprio ser para a educação e promoção do cooperativismo²³, o nosso entendimento é

22. A jurisprudência confirma a complexidade do regime econômico da cooperativa e a confusão que pode ser levada em função dos conceitos estabelecidos: “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. COOPERATIVA MÉDICA. RESPONSABILIDADE LIMITADA. RATEIO DAS DESPESAS GERAIS, PREJUÍZOS E SOBRES. LEI N. 5764/1971. ALEGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CRÉDITO EM FAVOR DA EX-COOPERADA. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. LIQUIDAÇÃO ZERO. 1. O art. 80, parágrafo único, da Lei n. 5.764/1971 admite o rateio igualitário das despesas gerais, a depender de previsão no estatuto social da cooperativa, ao passo que em relação aos prejuízos sempre deverá ser observada a proporcionalidade, nos termos do art. 89 do mesmo diploma. No caso, não houve alteração estatutária quanto ao rateio igualitário das despesas gerais, tendo em vista que a deliberação sobre adequar o estatuto ao disposto nos incisos I e II, do parágrafo único, do art. 80 da Lei n. 5.764/1971 ocorreu em assembleia geral ordinária. 2. O Tribunal de origem concluiu que o deslinde da questão envolve cálculos complexos, dependendo da discriminação dos valores referentes às despesas gerais, aos prejuízos e sobras, à individualização do débito de cada cooperado, à planilha evolutiva da importância e à prova da fruição dos serviços nos períodos vindicados, e, assim, a prova pericial se impunha como indispensável para o êxito do pedido. De fato a autora não se desincumbiu de comprovar, por meio de prova pericial, que os cálculos elaborados pela ora recorrida estavam incorretos. 3. Desse modo, verifica-se que alterar a fundamentação do aresto recorrido é tarefa que demandaria, necessariamente, incursão no acervo fático-probatório dos autos o que é vedado ante o óbice preconizado na Súmula 7 deste Tribunal. 4. Não há que se cogitar cerceamento de defesa da ora recorrente, quando esta insistiu no julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do Código de Processo Civil, alterando que eventual prova pericial seria protelatória. 5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1123633/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 16/09/2013).”

23. Esta questão é mencionada na literatura e doutrina estrangeira. Ver: I. G. FAJARDO GARCIA (CHULIÁ *et al.*, 2005: 5.247-48); D. M. APARÍCIO MEIRA (2007:213-4).

que diante da LCB e da legislação brasileira, tais recursos poderão ser destinado ao pagamento do passivo, respeitando-se em primeiro plano os créditos desta natureza (despesas havidas em decorrência das atividades realizadas em cumprimento da finalidade educativa). Tal interpretação se faz para conciliar: os ditames da ACI; a disciplina da responsabilidade patrimonial no direito brasileiro (que envolve todos os bens com exceção dos impenhoráveis e de afetação – art. 591, 649 e 650 do Código de Processo Civil, 391 do Código Civil; art. 119, inciso IX, da Lei n. 11.101/2005); e o disposto no art. 68, inciso VI, da LCB, que estabelece que os fundos serão destinados a saldar o passivo, uma vez que apenas o saldo remanescente ao pagamento das dívidas sociais será destinado ao Tesouro Nacional.

Os pontos acima foram selecionados para elucidar que a matéria concursal das cooperativas também precisa ser aperfeiçoada no Brasil, definindo-se um procedimento adequado e considerando o regime econômico particular das cooperativas, que, por sua vez, precisa ser ajustado²⁴. Os aspectos relacionados à organização econômica e regime econômico da cooperativa interferem nos interesses dos cooperados, credores e coletividade. Se a LCB não dá recursos para que o processo de liquidação/concurso se desenvolva com um procedimento apropriado, com regras claras e segurança jurídica, tanto os envolvidos ficar em uma situação temerária ante a decisão de encerramento.

3. Uma análise conclusiva sobre a adequação do regime jurídico societário e as perspectivas de mudança no Brasil

Nos últimos anos, foram editados importantes pronunciamentos e orientações de organismos internacionais que convocam os governos a implementar políticas públicas de desenvolvimento das cooperativas e observar a declaração da ACI sobre a identidade das cooperativas (1995). As principais referências são: em 2001, a assembleia geral da Organização das Nações Unidas (ONU), a respeito da importância das cooperativas para o desenvolvimento econômico e social e a necessidade de regulação adequada para a promoção das cooperativas; a

24. Há diversos outros temas envolvidos nesta matéria, mas que não serão abordados neste estudo em função da limitação metodológica, a exemplo da formação da massa objetiva, massa subjetiva, o direito de retirada dos cooperados e a variabilidade do capital social. Algumas destas questões foram analisadas tese de doutorado (MAFFIOLETTI, 2010) e serão objetos de estudo em artigo científico.

Recomendação 193 de 2002, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que convidou os governos a refletirem sobre as atitudes concretas e responsáveis para apoiar e promover as cooperativas, editando normas adequadas aos objetivos de desenvolvimento das cooperativas como empresas autônomas e auto-gestionadas²⁵; e, finalmente, a 64ª sessão da assembleia geral da ONU que proclamou o ano de 2012 como o ano internacional das cooperativas.

Essas políticas internacionais envolvem ações dos governos por meio das quais as cooperativas serão capazes de levar adiante as suas atividades, cumprir com as exigências do mercado e de seus membros e obter espaço no mercado competitivo. Portanto, é recomendável que as cooperativas sejam promovidas e protegidas em nível regional, com instrumentos e programas de integração entre os distintos países e sem obstáculos ao seu crescimento, e, sem perder a identidade das cooperativas, que as leis sejam modificadas e sejam flexíveis para estimular a competição dos mercados e atrair capital e investimentos.

No âmbito regional existem orientações e ações políticas de cooperativas para o seu desenvolvimento em países latino-americanos e, inclusive, nos países signatários do Mercosul, que contempla em seus propósitos a expansão das cooperativas, a harmonização das leis para adotar os elementos chaves e a identidade das cooperativas, otimizar o ambiente comum do mercado nos países para o benefício da economia, permitir a complementação das atividades produtivas e a liberdade das cooperativas para circular e se instalar nos países da região (Resolução n. 035/2001 do Grupo Mercosul). A Reunião Especializada de Cooperativas do Mercosul (RECM) tem se dedicado ao estudo e projetos sobre o desenvolvimento das cooperativas e a integração das mesmas na região, inclusive com a formação das cooperativas regionais e o reconhecimento legal destas cooperativas nos países do Mercosul²⁶.

25. Em 2009, as organizações nacionais representativas dos movimentos cooperativos e Economia Solidária dos países integrantes do Mercosul, assim como as organizações governamentais no marco da XX Sessão Plenária da Reunião Especializada da RECM confirmaram o compromisso assumido em Córdoba (2002) para que os Estados internalizem a Recomendação 193 da OIT e apoiem as cooperativas em crise, com políticas públicas alinhadas para gerar a promoção da economia social e solidária.

26. Foram propostas as seguintes medidas para a região: simplificação das leis e a redução da interferência do Estado no setor; a adequação da regulação; o tratamento similar ao de outras empresas; a integração das cooperativas com a de outros países; a participação mais ativa das organizações internacionais; e a formação de redes de cooperação internacional e regional de organismos e associações voltados às cooperativas. (C. SANCHEZ BAJO, 2006:1-9).

Em 2009, o Parlamento do Mercosul aprovou o Estatuto da Cooperativa do Mercosul (Norma 1/2009). Trata-se de uma cooperativa transfronteiriça, a qual será constituída como Cooperativa do Mercosul na forma da legislação do domicílio (qualquer dos Estados Partes do Mercosul) e com previsão da incorporação dos sócios radicados em outros Estados Partes. Os sócios domiciliados no país devem representar mais do que cinquenta por cento do total dos sócios e do capital social subscrito e a cooperativa poderá ter outros estabelecimentos ou sucursais em países diferentes do domicílio legal.

As cooperativas de primeiro ou segundo grau podem se constituir como tais ou as cooperativas locais podem se transformar como Cooperativas do Mercosul por reforma ao Estatuto Social. O projeto de Estatuto da Cooperativa do Mercosul não prevê ainda a possibilidade de fusão entre as cooperativas existentes em mais de um Estado Parte, pois se reconhecem as dificuldades envolvidas no momento.

As Cooperativas do Mercosul seguem com o mesmo regime legal das cooperativas comuns de cada país a respeito de sua constituição, registro, funcionamento, supervisão, dissolução e liquidação. Todos os sócios terão os mesmos direitos e obrigações societárias, devendo o estatuto social fazer as adequações necessárias ao tipo de cooperativa transfronteiriça e prever o regime de participação nas atividades das cooperativas dos domiciliados em outros países sobre a mesma base de igualdade jurídica (artigo 2º do Estatuto Social).

Ao incorporar a Cooperativa do Mercosul, os países devem uniformizar o tratamento das cooperativas. A ideia é que haja uniformidade no tratamento das cooperativas, inclusive no regime tributário e societário. Por certo, esse projeto das Cooperativas do Mercosul consiste em uma das formas de integração entre as cooperativas da região. Espera-se que outras ações e políticas públicas neste sentido sejam adotadas e que os Estados também façam a sua parte de implementar as reformas necessárias na legislação.

Tais documentos, de ordem internacional e regional, servem como o marco apropriado para definir as políticas públicas. Agora, os países devem internalizar as normas, sugerindo como conteúdo: criar um ambiente favorável para o desenvolvimento das cooperativas em limitação; que as cooperativas recebam o mesmo tratamento que as empresas com idênticas atividades, que não sejam discriminadas; fiscalizar as cooperativas de acordo com a sua natureza; e respeitar a autonomia e independência das cooperativas. Neste sentido, é importante complementar que a ACI – Américas editou a lei marco para os países da América Latina (2008). Essa norma tem como propósito orientar acerca de pontos fundamentais da legislação cooperativista para os países da América Latina, trazendo sugges-

tões de disciplina acerca da constituição, dos sócios, do ato cooperativo, do regime econômico, dos órgãos sociais, da dissolução e da liquidação. Tal norma, mais o Estatuto Social das Cooperativas, podem servir como parâmetro para o Brasil refletir sobre o processo de harmonização e incorporação efetiva em sua lei²⁷.

Em termos de perspectivas de mudança legislativa interna, o Projeto de Lei n. 03/07 está em tramitação no congresso nacional (no Senado Federal)²⁸. Este Projeto propõe uma nova lei geral, conceituando a cooperativa como sociedade civil de pessoa, com forma e natureza própria, constituída pela união de esforços dos sócios, para o exercício da atividade econômica, sem fins lucrativos. Ademais, mantém a identidade e princípios cooperativos da ACI e o registro ocorre no órgão de registro de empresas mercantis, ainda que não tenha a natureza de sociedade empresária nem esteja sujeita ao procedimento concursal de falência e recuperação de empresas.

Uma das principais mudanças ao regime da cooperativa prevista neste projeto é a permissão para a abertura de capital da cooperativa, com a emissão de certificados de aporte de capital. Os investidores não serão sócios, nem terão os direitos de sócio, e os retornos financeiros são baseados em uma remuneração fixa ou em uma participação sobre os negócios celebrados. Também há permissão para a participação de pessoas que não são sócios na atividade econômica da cooperativa por meio de contratos específicos, nos quais se ajustam a forma de atuação, gestão e o rateio das perdas.

Além disto, o projeto contempla o procedimento judicial de moratória para as cooperativas em crise, que mantém o ativo cinquenta por cento a mais do que o passivo quirografário. O procedimento pode ser suspensivo ou preventivo à ação judicial e insolvência e implica em descontos e prazos de pagamento, assim como a suspensão de ações de execução. Por fim, para a quebra, o projeto prevê que se aplicará o processo de insolvência civil.

O Projeto aperfeiçoa o regime de administração e modifica o sistema de ato cooperativo, que passaria a ser conceituado como: (i) aqueles atos entre a coope-

27. Não existe no Brasil, até o momento, um projeto de lei oficial que preveja a inserção das cooperativas do Mercosul.

28. Este projeto processa em conjunto com o Projeto de Lei n. 153/2007. Os dois processavam ao mesmo tempo em paralelo, até que foi deliberado que os dois passariam a tramitar em conjunto e que o Projeto de Lei n. 03/2007 seria o principal.

rativa e o sócio, entre cooperativas associadas para a realização do objeto social; e (ii) em equiparação aqueles negócios que auxiliem ou sejam meios indispensáveis para a consecução do objeto social.

Ainda que o projeto possa representar melhorias pontuais sobre a matéria, trata-se, ainda, de um projeto de lei e ele não responde às orientações internacionais de integração mercadológica e regulação adequada. Ainda que a proposta traga uma atualização na matéria, a negativa à condição de empresa, a disciplina sobre o regime econômico e societário dispensado e o tratamento concursal não trazem uma melhora na técnica legislativa, demonstrando a visão que persiste sobre cooperativas no Brasil.

3.1. As cooperativas no Brasil. As perspectivas de desenvolvimento e cenário jurídico. Conclusão

Acima, foram tratados pontos gerais sobre a disciplina jurídica das cooperativas, a partir dos quais já é possível identificar que o seu conservadorismo. A parte do direito societário apresentada também evidencia que está inadequada para proteger os interesses dos sócios, dos administradores e das cooperativas. Nem o judiciário, nem a coletividade conhecem com profundidade as peculiaridades da cooperativa, de modo que temos barreiras culturais para a inserção e o desenvolvimento. Sem contar que o cooperativismo é um ramo muito próximo aos interesses políticos e há correntes ideológicas distintas, o que interfere na qualidade técnica dos projetos de lei.

Há uma visão convencional no Brasil acerca das cooperativas e ainda é preciso dissociar a cooperativa da figura de associação ou de um modelo caritativo. Embora as cooperativas se organizem como empresas, de fato, a falta de reconhecimento formal dessa situação afeta a credibilidade das cooperativas no mercado, perante investidores e credores. O regime legal sobre as cooperativas e a sua insolvência pode ser um dos fatores que obstaculizam o crescimento do setor. Esperamos que o Brasil possa refletir sobre os modelos adotados na Europa e outros países da América Latina, tendo em conta a atenuação das fronteiras, a competição com grandes grupos de empresas estrangeiras e a formalização das cooperativas regionais. Portanto, o momento é ponderar acerca do tratamento jurídico, para que contribua ao crescimento das cooperativas e das perspectivas do mercado, sem desnaturalizar a sua condição jurídica.

Assim, nos cabe refletir se: (i) o Brasil estaria pronto para assumir os compromissos internacionais de integração regional e de inserção do modelo de cooperativas do Mercosul; (ii) nossa lei assegura proteção ao sócio de outros países e estimula os investidores; (iii) nossa lei permite que as cooperativas nacionais se mantenham em competição no mercado e possam receber outros sócios e participar de operações societárias que envolvam a integração regional; e (iv) estimula o cooperativismo no âmbito interno, com prioridade aos interesses das cooperativas e busca ao apoio regulamentar adequado, com base no cumprimento da Recomendação 193 da OIT.

Para que as cooperativas possam desenvolver-se é essencial atrair sócios e investidores e isso só poderá ocorrer se houver estabilidade aos sócios no sentido de assegurar-lhes, além dos os direitos políticos e econômicos, que o objetivo da cooperativa está sendo perseguido a ponto de justificar a participação dos sócios na atividade cooperativa. Devemos pensar em mecanismos de proteção ao patrimônio da cooperativa dos sócios, o que poderá ocorrer na medida em que se profissionalizam as cooperativas.

Para isso, é relevante que se reconheça a organização econômica empresarial das cooperativas sem prejuízo da essência da sociedade (identidade, princípios e particularidades em sua organização). As orientações internacionais e legislações de direito comparado já as trata como empresas e, inclusive, prevêem mecanismo de proteção à cooperativa em tal perspectiva.

Não obstante, no Brasil seguimos com este problema base de reconhecimento da forma societária cooperativa (e de sua natureza) e de sua classificação geral atrelada a outro tipo societário, sociedades não empresárias. Isto, naturalmente, contribui ao processo de desnaturalização e prejuízo ao regime jurídico das cooperativas, em especial quando estamos na frente das lacunas legislativas.

Há questões no direito societário que devem ser enfrentadas para dar força ao cooperativismo. De fato, precisamos avançar no sentido de estruturas mais modernas para as cooperativas, aperfeiçoando os mecanismos de proteção do capital e de atração de investidores e de incremento da atividade cooperativa. Também é importante trabalhar na concepção de que essas sociedades precisam ter uma gestão mais profissional e técnica nos órgãos de administração.

Por outro lado, nos cabe buscar limites à responsabilidade patrimonial dos sócios e do administrador, definir as regras do regime econômico das cooperativas e não esquecer a essência dos princípios e a identidade da cooperativa. Por não ter o regime econômico com regras claras entre as atividades cooperativas e

não cooperativas, e existir uma complexidade nas contas das cooperativas, os sócios podem vir a ser responsabilizados por outras dívidas sociais, inclusive em caso de liquidação.

Mais, no Brasil a aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica nos tribunais por vezes é feita sem que haja os pressupostos da norma (fraudes, abuso de direito e práticas contrárias ao estatuto social e à lei), sobretudo nas demandas de natureza fiscal e trabalhista. Os administradores são diretamente alcançados por esta regra, e também os sócios.

Em realidade, não é uma tarefa fácil compatibilizar todos esses objetivos. E, enquanto não temos uma disciplina adequada, nos cabe construir caminhos que assegurem aos sócios os direitos básicos como proprietários conjuntos da cooperativa e que as cooperativas possam seguir com os seus propósitos de satisfazer as necessidades de seus sócios e da sociedade. Nesse sentido, a tarefa ideal seria uma reforma estrutural na LCB para tratar cuidadosamente e com técnica da organização econômica, societária e concursal da cooperativa. Porém, como não podemos deixar o cenário normativo atual das cooperativas e das demais sociedades brasileiras, nem, também, das características sociais, políticas e institucionais, nos cabe buscar medidas alternativas.

Pelo exposto, justifica-se a reflexão sobre as práticas de governança cooperativa e a aplicação daquelas que sejam adequadas às cooperativas. Por certo, as cooperativas têm em sua essência princípios que permitem a inserção e o aperfeiçoamento de regras sobre a gestão democrática e transparente.

As práticas desenvolvidas pelo estudo de governança corporativa podem ser previstas no estatuto social para diminuir parte dos conflitos, em complementação às lacunas legislativas. Como ilustração, seriam algumas delas: garantir a divulgação da informação sobre a atividade econômica da cooperativa e seus resultados, assim como a participação dos sócios na gestão; definir atribuições delimitadas para os administradores, com um órgão técnico consultivo; detalhar o regime de contabilidade, o qual deve seguir o padrão de contabilidade com transparência dos documentos e informações sobre a gestão; diferenciar a contabilidade do ato cooperativo e os demais resultados da atividade econômica da sociedade cooperativa; definir os limites mínimos de proteção ao capital, com limitação à devolução dos valores aos sócios que saírem da cooperativa; e, entre outros, em um futuro, definir diferentes classes de sócios.

Tais práticas poderão contribuir para as cooperativas e seus sócios e deverão ser complementadas com reformas na lei em matéria societária e concursal. A aber-

tura das cooperativas e do mercado brasileiro como incremento à competição entre cooperativas, exige, antes, o fortalecimento da estrutura jurídica das cooperativas como empresas. E, o Brasil precisa adequar-se no sentido institucional antes de firmar compromissos que não possa cumprir.

Bibliografia

- Aparício Meira, Deolinda Maria Moreira, *A natureza jurídica da cooperativa – comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de fevereiro de 21002 (Garcia Marques)*, in Veiga Pereira, José Manuel; Guichard, Raul (dir.), *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas – Estudos sobre os direito cooperativos, galego, português e comunitário*, Porto, Instituto Politécnico do Porto, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, 2005, pp. 14-180.
- Aparício Meira, Deolinda Maria Moreira, *O regime econômico das cooperativas no direito português – o capital social*, Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Vigo, Vigo, Espanha, 2007, pp. 1-530.
- Sanchez Bajo, Carlos, *Procesos de integración regional y políticas de cooperativas*, in *Premier colloque du Réseau euro-latino américain d'études en économies sociale et coopératives (RULESCOOP)* Brest, France, Brest, 22 a 24 Mai 2006.
- Becho, Renato Lopes, *Elementos de direito cooperativo*, São Paulo, Dialética, 2002.
- Becho, Renato Lopes (Coord.), *Problemas atuais do direito cooperativo*, São Paulo, Dialética, 2002.
- Bulgarelli, Waldírio, *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*, 2. ed. rev. e atual, São Paulo, Renovar, 2000.
- Carvalho, Modesto, in Junqueira azevedo, Antônio, *Comentários ao Código Civil – parte especial do direito da empresa*, v. 13, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2005.
- Fajardo García, Isabel Gemma, *Gestión económica de la cooperativa – responsabilidad de los socios*, Madrid, Tecnos, 1997.
- Fajardo García, Isabel Gemma, *La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas*, in v. chuliá et all., *Estudios sobre la Ley Concursal – libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo v, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 5235- 5281.
- Fauquet, George, *O sector cooperativo – ensaio sobre o lugar do homem nas instituições cooperativas e destas na economia*, Lisboa, Livros Horizontes, 1980.
- Franke, Walmor, *Direito das sociedades cooperativas*, São Paulo, Saraiva, 1973.
- Galgano, Francesco – genghini, Riccardo, *Trattato di diritto commerciale e ddirittopubblicodell'economia – Le nuove società di capitali e cooperative*, 2 edizione, tomo primo, volume ventinovesimo, Padova, Cedam, 2004.

- Krueger, Guilherme, *A disciplina das cooperativas no novo código civil – a ressalva da lei 5.764/71*, in R. L. Becho (Coord.), *Problemas atuais do direito cooperativo*, São Paulo, Dialética, 2002, pp. 96-119.
- Krueger, Guilherme; Miranda, André Branco (Coord.), *Comentários à legislação cooperativista*. Tomo II. BH, Mandamentos, 2007.
- Llobregat Hurtado, Maria Luisa, *Mutualidad y empresas cooperativas*, Barcelona, Bosch, 1990.
- Maffioletti, Emanuelle Urbano, *O direito concursal das sociedades cooperativas e a lei de recuperação de empresas e falência*, Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil, 2010, pp. 1-285.
- Morillas Jarillo, Maria José – Feliú Rey, Manuel Ignacio, *Curso de Cooperativas*, 2 ed., Madrid, Tecnos, 2002.
- Namorado, Rui, *Introdução ao direito cooperativo – para uma expressão jurídica da cooperatividade*, Portugal, Almedina, 2000.
- Paniagua Zurera, Manuel, *La sociedad cooperativa – Las sociedades mutuas y las entidades mutuales – Las sociedades laborales – La sociedad de garantía recíproca* in G. Jiménez Sánchez, Guillermo (coord.); Olivencia, Manueletall., *Tratado de Derecho Mercantil*, v. I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- Pastor Sempere, Maria del Carmen, *Los recursos propios en las sociedades cooperativas*, *Cuadernos mercantiles*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2002.
- Requião, Rubens, *Direito Comercial 1*, 23, Ed. São Paulo, Saraiva, 1998.
- Sistema OCB, Clara Pedrosa Maffia (Coord.), *Diagnóstico do Ramo de Consumo – desafios para o setor*, 2014, pp. 15-20. Disponível in: http://www.brasil-cooperativo.coop.br/GERENCIADOR/ba/arquivos/diagnostico_consumo.pdf [acesso em 10 out. 2014].
- Vargas Vasserot, Carlos, *La solvencia y garantías de las cooperativa en el tráfico – algunas peculiaridades de su concurso*, in *Revista de derecho concursal y para-concursal – analisis de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación nº 8* (2008), pp. 281-94.
- Verçosa, Haroldo Malheiros Duclerc, *Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência*, in l. f. valente de paiva, *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas – lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 63-118.
- Verrucoli, Pierro, *La società cooperativa*, Milano, Giuffrè, 1958.

A SOCIETARIZAÇÃO DO ÓRGÃO DE ADMINISTRAÇÃO DAS COOPERATIVAS E A NECESSÁRIA PROFISSIONALIZAÇÃO DA GESTÃO

Deolinda Aparício Meira

Professora Adjunta

Instituto Politécnico do Porto/ISCAP/CECEJ

RESUMO

Num contexto de reforma do Código Cooperativo português, este estudo procede a uma análise crítica de um conjunto de matérias controversas do regime jurídico do órgão de administração das cooperativas. Defende-se a modernização de tal regime de forma a permitir o estabelecimento de regras que facilitem a profissionalização da gestão das cooperativas. Assim, tendo presente a complexa articulação entre o direito cooperativo e o direito societário no ordenamento português, formulam-se propostas no sentido de uma importação controlada e adaptada aos princípios cooperativos das soluções previstas no Código das Sociedades Comerciais quanto à designação, remuneração e organização do órgão de administração e distribuição de competências entre este órgão e a assembleia geral.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperativa, assembleia geral, direção, gestão democrática, profissionalização da gestão.

COMPANISATION OF THE BOARDS OF DIRECTORS OF COOPERATIVES AND THE NECESSARY PROFESSIONALISATION OF COOPERATIVE MANAGEMENT**ABSTRACT**

In a context of a reform of the Portuguese Cooperative Code, this study carries out a critical analysis of a number of controversial issues of the legal regime of cooperatives' board of directors. It defends the modernization of such regime to allow the establishment of rules that facilitate the professional management of cooperatives. Thus, bearing in mind the complex articulation between the cooperative and corporate laws, in the Portuguese legal system, it formulates proposals for the adoption, controlled and adapted to the cooperative principles, of solutions provided in the Commercial Companies Code as to the appointment, remuneration and internal organization of the Board of Directors and the distribution of powers between this Board and the General Meeting.

KEY WORDS: Cooperative, general meeting, board of directors, democratic member control, professional management.

EconLit Subject Descriptors: K20, M14, Q13, G34.

SUMARIO

1. Preliminar 2. A articulação entre o direito cooperativo e o direito societário 3. Os limites à societização decorrentes da identidade cooperativa 4. A disciplina jurídica do órgão de administração versus a profissionalização da gestão das cooperativas 4.1. Noções gerais sobre a estrutura orgânica das cooperativas 4.2. Distribuição de competências entre o órgãos deliberativo interno (a assembleia geral) e o órgão de administração 4.3. Designação dos membros da Direção 4.4. A remuneração dos membros da Direção. 4.5. Organização do órgão de administração: a delegação de poderes 5. Conclusões. Bibliografia

1. Preliminar

Assiste-se atualmente em Portugal a um processo de reforma do Código Cooperativo (*CCoop*¹)² que visa cumprir o imperativo de «desenvolvimento legislativo «constante do art. 13.º da Lei n.º 30/2013, de 8 de março [*Lei de Bases de Economia Social* (LBES)]³.

Um dos eixos principais da reforma é o da governação das cooperativas. Vários desafios se colocam ao legislador nesta matéria: o alargamento do âmbito da autonomia estatutária de modo a permitir que os cooperadores possam escolher o modelo de administração e de fiscalização que melhor se adequa ao seu projeto e à dimensão da cooperativa; o estabelecimento de regras que facilitem a profissionalização da gestão; a clarificação do regime da delegação de poderes de gestão da cooperativa; a definição de adequados mecanismos de controlo; a admissão do voto plural e dos membros investidores, entre outros.

1. Neste texto, daqui em diante, quando for referido o Código Cooperativo português (Lei n.º 51/96, publicada em setembro de 1996 e que entrou em vigor em 1 de janeiro de 1997), será usado o acrónimo *CCoop*.

2. V., neste sentido, MEIRA, D.A. / RAMOS, M. E., *Governação e regime económico das cooperativas. Estado da arte e linhas de reforma*, Vida Económica, Porto, 2014, passim.

3. Para uma análise desenvolvida da Lei de Bases da Economia Social portuguesa, v. MEIRA, D., «A Lei de Bases da Economia Social Portuguesa: do projeto ao texto final», *CIRIEC-España, revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 24, 2013, pp. 21-52.

Este estudo centra-se na problemática relativa à profissionalização da gestão das cooperativas, sendo três os problemas principais a tratar:

Primeiro: responder à questão de saber se a distribuição de competências entre a assembleia geral (órgão deliberativo interno) e o órgão de administração potencia ou inibe essa profissionalização;

Segundo: saber se os modos de designação e de remuneração dos membros do órgão de administração são adequados a essa profissionalização;

Terceiro: indagar se o regime da delegação de poderes previstos para as cooperativas no ordenamento português se apresenta como uma via facilitadora da referida profissionalização.

Na resposta a estes três problemas propõem-se soluções que assentam no recurso ao direito societário (*societarização*) em matéria de disciplina jurídica da governação das cooperativas, defendendo-se uma importação controlada e adaptada aos princípios cooperativos da disciplina prevista no Código das Sociedades Comerciais, quanto à governação das sociedades anónimas.

A compreensão desta societarização e dos seus limites impõe previamente, por um lado, uma breve reflexão sobre a complexa articulação entre o direito cooperativo e o direito societário no ordenamento português e, por outro, a análise das especificidades do regime jurídico do órgão de administração da cooperativa decorrentes da necessidade de preservar a identidade cooperativa.

2. A articulação entre o direito cooperativo e o direito societário no ordenamento português

Segundo a doutrina maioritária em Portugal, as cooperativas distinguem-se claramente das sociedades, designadamente das sociedades comerciais, uma vez que uma das características essenciais destas é a repartição de lucros (no sentido de acréscimos patrimoniais) entre os sócios⁴. Manifestamos alguma discordância

4. Como defensores desta posição, ver, entre outros, XAVIER, V. G. L., *Sociedades Comerciais. Lições aos alunos de Direito Comercial do 4.º Ano Jurídico*, Ed. policopiada, Coimbra, 1987, pp. 21-23 e ABREU, J. M. C., *Da empresarialidade. As empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 174 e ss..

desta corrente doutrinal. Se é certo que o art. 2.º do *CCoop*⁵ não estabeleceu a natureza jurídica da cooperativa, e ainda por cima estabeleceu a ausência de fim lucrativo na cooperativa, tal não impedirá a sua qualificação como sociedade — ainda que um tipo *sui generis* de sociedade, não confundível com os outros tipos societários reconhecidos na nossa lei. Aderimos à construção doutrinal que defende a relativização do fim lucrativo, no sentido de que este não é um elemento essencial do conceito de sociedade, mas apenas um elemento natural, devendo ser entendido em sentido lato, abrangendo, igualmente, a poupança de despesas⁶. Essencial é o exercício de uma atividade económica comum, tendo em vista a realização do proveito económico dos sócios. Deste modo, existe uma identidade causal entre a sociedade e a cooperativa: a obtenção de vantagens patrimoniais ou económicas para os seus membros. Acrescente-se que o legislador criou para as cooperativas um regime de inspiração comercial, determinando que se lhes aplique subsidiariamente as regras das sociedades anónimas (art. 9.º do *CCoop*), sujeitando-as ao registo comercial e à insolvência, permitindo-lhes a realização de operações com terceiros.

Em suma, consideramos que as cooperativas deverão ser consideradas sociedades (na base de uma conceção ampla de lucro), ainda que se diferenciem dentro do universo societário, face às sociedades civis e às comerciais, tendo em conta a presença de fins especiais, designadamente a sua vocação mutualista⁷.

Esta diferenciação explica que, desde 1980, o regime das cooperativas conste de um código próprio⁸. Contudo, esta autonomização formal do direito coope-

5. Nos termos do art. 2.º do *CCoop* são cooperativas as «pessoas coletivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles».

6. Na doutrina portuguesa, destacamos: CORREIA, A. F., *Lições de Direito Comercial, Vol. II - Sociedades Comerciais. Doutrina Geral*, Universidade de Coimbra, 1968, pp. 19 e ss.; e FURTADO, J.P., *Curso de Direito das Sociedades*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, pp. 138 e ss..

7. Para uma análise desenvolvida desta questão, v. MEIRA, D. A., «A natureza jurídica da cooperativa. Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Fevereiro de 2002», *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 7, Porto, ISCAP, pp. 147-180.

8. A primeira lei cooperativa portuguesa foi a *Lei Basilar do Cooperativismo* (Lei de 2 de julho de 1867). Em 1888, as cooperativas passam a ser regidas pelo Código Comercial de Veiga Beirão. Em 1980, entra em vigor um Código Cooperativo (Decreto-Lei n.º 454/80, de 9 de outubro). Em 1997, entrou em vigor um novo Código (Lei n.º 51/96), que foi, entretanto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 343/98, de 6 de novembro; pelo Decreto-Lei n.º 131/99, de 21 de abril; pelo Decreto-Lei n.º 108/2001, de 6 de abril; pelo Decreto-Lei n.º 204/2004, de 19 de agosto; e pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março.

rativo face ao direito societário, no plano das fontes, não significa uma total independência de regimes jurídicos⁹. Como prova desta proximidade, o art. 9.º do *CCoop*, relativo ao direito subsidiário aplicável a situações nele não previstas, estabelece a possibilidade de recurso, «na medida em que se não desrespeitem os princípios cooperativos, ao Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente aos preceitos aplicáveis às sociedades anónimas».

Esta norma consagra, assim, uma remissão (sem prejuízo das necessárias adaptações) para o Código das Sociedades Comerciais, o qual será imediatamente aplicável em tudo o que não se encontra especialmente previsto no *CCoop*.

A doutrina tem questionado qual o alcance normativo deste preceito, defendendo-se uma indissociável ligação entre o regime das cooperativas e o direito societário¹⁰. Se é certo que em Portugal não podemos questionar a autonomia do direito cooperativo face ao direito societário, é evidente que essa autonomia não é plena. Se assim não fosse, o legislador teria mandado aplicar às falhas de regulamentação do *CCoop*, o seu espírito ou os princípios gerais do direito cooperativo à semelhança do que está previsto no art. 3.º do Código Comercial¹¹ e no art. 2.º do Código das Sociedades Comerciais^{12/13}.

Resulta do art. 9.º que o recurso ao direito subsidiário deverá preencher duas condições: por um lado, a solução a que se chegue não poderá desrespeitar os princípios cooperativos; por outro, dentro do espaço constituído pelo Código

9. V. FRADA, M. C. / GONCALVES, D. C., «A acção *ut singuli* (de responsabilidade civil) e a relação do Direito Cooperativo com o Direito das Sociedades Comerciais», *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I (2009) – Número 4, Almedina, pp. 890 e ss..

10. Defendendo esta indissociável ligação, v. ROSAS, M. M., «A integração de lacunas do Código Cooperativo e o recurso ao direito societário», in: *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, coord. de Deolinda Aparício Meira, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 2012, pp. 333-345.

11. O art. 3.º do Código Comercial dispõe que «Se as questões sobre direitos e obrigações comerciais não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei comercial, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos nela prevenidos, serão decididos pelo direito civil».

12. O art. 2.º do Código das Sociedades Comerciais dispõe que: «Os casos que a presente lei não preveja são regulados segundo a norma desta lei aplicável aos casos análogos e, na sua falta, segundo as normas do Código Civil sobre o contrato de sociedade no que não seja contrário nem aos princípios gerais da presente lei nem aos princípios informadores do tipo adotado».

13. V., neste sentido, FRADA, M. C. / GONCALVES, D. C., «A acção *ut singuli* (de responsabilidade civil) e a relação do Direito Cooperativo com o Direito das Sociedades Comerciais», cit., pp. 888-904.

das Sociedades Comerciais, deverá dar-se prioridade aos preceitos aplicáveis às sociedades anónimas¹⁴.

A primeira condição visa assegurar o respeito pela «Identidade Cooperativa», de que falaremos mais adiante. A segunda condição diz respeito à escolha, de entre os vários modelos de sociedades comerciais, do das sociedades anónimas.

Poderá naturalmente questionar-se a opção legislativa pelas sociedades anónimas, dado tratar-se do tipo societário que mais se afasta do paradigma cooperativo. Efetivamente, tendo em conta os princípios cooperativos, designadamente o princípio da gestão democrática e o princípio da participação económica dos membros, parece que teria sido mais adequada a escolha das sociedades em nome coletivo, enquanto paradigma da sociedade de pessoas, em que, tal como nas cooperativas, a pessoa dos sócios releva mais do que a sua participação no capital social.

Segundo a doutrina, a eleição pelo legislador do regime das sociedades anónimas explica-se pela estrutura financeira das cooperativas: as cooperativas têm o seu capital representado por títulos (art. 20.º do *CCoop*) tal como as sociedades anónimas têm o seu capital dividido em ações; os títulos representativos do capital social das cooperativas podem ser representados sob a forma escritural, aplicando-se aos títulos escriturais o disposto no título II do Código dos Valores Mobiliários, com as adaptações necessárias (art. 20.º, n.º 3, do *CCoop*); as cooperativas têm um capital social mínimo (art. 18.º, n.º 2, do *CCoop*); as cooperativas estão obrigadas à constituição de uma reserva legal (art. 69.º do *CCoop*); quanto à responsabilidade dos cooperadores pelas dívidas da cooperativa, o art. 35.º do *CCoop* estabelece que esta «é limitada ao montante do capital subscrito, sem prejuízo de os estatutos da cooperativa poderem determinar que a responsabilidade dos cooperadores seja ilimitada, ou ainda limitada em relação a uns e ilimitada quanto a outros». Está patente que esta estrutura financeira se aproxima, do ponto de vista formal, do regime previsto para as sociedades anónimas¹⁵.

14. Para uma análise desenvolvida desta questão, v. FRADA, M. C. / GONCALVES, D. C., «A ação *ut singuli* (de responsabilidade civil) e a relação do Direito Cooperativo com o Direito das Sociedades Comerciais», cit., pp. 888-904.

15. V., neste sentido, NAMORADO, R., *Cooperatividade e direito cooperativo – Estudos e pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 175 e RAMOS, M. E., «Ação *ut singuli* e cooperativas. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Outubro de 2008», *Revista Cooperativismo e Economia Social*, n.º 31 (2008/2009), Universidade de Vigo, p. 43.

Ora, esta clara *preferência* pelo regime das sociedades anónimas, em detrimento dos demais tipos societários, tem como consequência que, existindo normas suficientes no capítulo das sociedades anónimas, não se justifica o recurso à disciplina jurídica das sociedades em nome coletivo, por quotas ou em comandita. Todavia, e porque a remissão para o regime especial das sociedades anónimas é também, implicitamente, uma remissão para a parte geral do Código das Sociedades Comerciais, este último terá sempre, também, aplicação. Como destaca Rui Namorado, «os preceitos aplicáveis às sociedades anónimas foram colocados em relevo. Daí que igualmente sejam suscetíveis de aplicação todos os preceitos que integram a parte geral do Código das Sociedades Comerciais. Já será mais duvidoso que, à luz do citado artigo, se possa recorrer a preceitos de outros tipos de sociedades, em casos em que, sobre os mesmos aspetos, existam normas especialmente dirigidas às sociedades anónimas»¹⁶.

Neste contexto, e em matéria de governação das cooperativas, a remissão do art. 9.º do *CCoop* autoriza que sejam aplicadas às cooperativas as disposições do Código das Sociedades Comerciais que regulam a governação da sociedade anónima.

No entanto, convém ter sempre presente que esta disciplina subsidiária só se aplicará se não se desrespeitarem os princípios cooperativos. Veremos, então, que esta especial remissão para as sociedades anónimas não se coaduna, em alguns aspetos do regime da governação das cooperativas, com a feição marcadamente personalista destas¹⁷.

3. Os limites à societarização decorrentes da identidade cooperativa

A societarização do órgão de administração da cooperativa terá de se conciliar com as singularidades do regime jurídico do referido órgão que decorrem da chamada «Identidade Cooperativa» definida pela Aliança Cooperativa Internacional (ACI), em Manchester, em 1995, identidade que assenta num

16. NAMORADO, R., *Cooperatividade e direito cooperativo – Estudos e pareceres*, cit., p. 175.

17. Sobre esta questão, v. MEIRA, D. A., «A relevância do cooperador na governação das cooperativas», *Revista Cooperativismo e Economia Social*, n.º 35, Curso 2012/2013, Universidade de Vigo, pp.9-35.

conjunto de princípios (os *Princípios Cooperativos*¹⁸), num conjunto de valores (os *Valores Cooperativos*¹⁹) que enformam aqueles princípios, e numa *Noção de Cooperativa*²⁰.

No ordenamento português, o legislador associa a noção de cooperativa (art. 2.º do *CCoop*) à necessária obediência aos princípios cooperativos, os quais refletem o que a cooperativa tem de mais específico, contendo o essencial da identidade cooperativa. Assim se compreende que o regime jurídico do órgão de administração das cooperativas assente na observância de tais princípios, enunciados no art. 3.º do *CCoop* (os quais correspondem aos princípios cooperativos proclamados pela *Aliança Cooperativa Internacional*).

Acresce que, na ordem jurídica portuguesa, os princípios cooperativos são de obediência obrigatória, tendo inclusivamente consagração no texto constitucional²¹. Assim, o art. 61.º, n.º 2, da *CRP* dispõe que «a todos é reconhecido o direito à livre constituição de cooperativas, desde que observados os princípios cooperativos». Por sua vez, o art. 82.º, n.º 4, al. a), da *CRP* consagra que o subsector cooperativo «abrange os meios de produção possuídos e geridos por cooperativas, em obediência aos princípios cooperativos». Daí que, no seu funcionamento, o

18. Os princípios cooperativos são sete: adesão voluntária e livre; gestão democrática pelos membros; participação económica dos membros; autonomia e independência; educação, formação e informação; intercooperação; e interesse pela comunidade (art. 3.º do *CCoop*).

19. Os valores que funcionam como uma estrutura ética dos princípios cooperativos são: (i) os valores de autoajuda, responsabilidade individual, democracia, igualdade, equidade e solidariedade, nos quais assentam a atividade das cooperativas como organizações; (ii) os valores da honestidade, transparência, responsabilidade social e altruísmo que se dirigem ao comportamento individual dos cooperadores enquanto tais.

20. Sobre o conceito de «identidade cooperativa», v. NAMORADO, R., «A Identidade Cooperativa na Ordem Jurídica Portuguesa», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 157, março de 2001, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra; e FICI, A., «Cooperative Identity and the Law», *European Business Law Review*, n.º 24, 2013, pp. 37-64.

21. O *CCoop*, na decorrência do texto constitucional, dá aos princípios cooperativos a qualidade de norma, a que a prática cooperativa terá que se subordinar. Dá-se, deste modo, uma espécie de receção constitucional a estes princípios, os quais adquirem valor jurídico-constitucional, com o preciso sentido e alcance que possuem na doutrina cooperativa. VICENT CHULIA, F. [«El futuro de la legislación cooperativa», *Cooperativismo e Economía Social*, n.º 24 (2001-2002), Universidade de Vigo, p. 30] entende que os princípios cooperativos são normas obrigatórias. Em sentido diverso, defendendo a natureza *soft law* dos princípios cooperativos, v. HIEZ, D., *Coopératives. Création, Organisation, Fonctionnement*, Éditions Delmas, Daloz, 2013, pp. 46-49.

desrespeito da cooperativa pelos princípios cooperativos constitua causa de dissolução da mesma [art. 77.º, n.º 1, al. h), do *CCoop*]²².

Neste contexto, a administração da cooperativa surge como uma administração orientada para a promoção dos interesses dos membros e democrática.

Por força da vocação mutualista da cooperativa (art. 2.º do *CCoop*), a atuação do órgão de administração da cooperativa orienta-se para a promoção dos interesses dos cooperadores, ou seja, para a satisfação das necessidades económicas, sociais e culturais destes. Diversamente das sociedades comerciais, a cooperativa não tem, a título principal, um escopo lucrativo, mas um escopo mutualístico²³. As cooperativas caracterizam-se pela coincidência, nos seus cooperadores, da qualidade de membros e da de destinatários das operações cooperativas. Esta «dupla qualidade» terá como base ou pressuposto o desenvolvimento de uma atividade económica que vise a satisfação das necessidades dos cooperadores e na qual estes participam²⁴. Efetivamente, nas cooperativas, constitui requisito *sine qua non* o envolvimento direto e ativo dos seus membros na própria atividade que a cooperativa desenvolve [art. 34.º, n.º 2, al. c), do *CCoop*], ou seja, no cumprimento do seu objeto social, o que explicará, como veremos, algumas das especificidades do órgão de administração cooperativo.

Na decorrência do princípio da gestão democrática pelos membros (art. 3.º do *CCoop*²⁵), a administração das cooperativas caracteriza-se como sendo uma administração democrática, evidenciada nos seguintes aspetos: a igualdade de tratamento dos cooperadores, independentemente da sua participação financeira; a igualdade de direito de voto de todos os membros («um homem, um voto»); a eleição, pelos membros, dos titulares dos órgãos sociais, que terão de ser obrigatoriamente cooperadores.

22. V., sobre esta matéria, MEIRA, D. A., «O quadro jurídico-constitucional do cooperativismo em Portugal», *Revista Cooperativismo e Economia Social*, n.º 33, Curso 2010/2011, Universidade de Vigo, pp. 31-46.

23. V. MEIRA, D. A., «Revisitando o problema da distinção entre excedente cooperativo e lucro societário», in: *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2012, pp. 355-376.

24. V., sobre esta questão, FICI, A., «Cooperative Identity and the Law», cit., pp. 44-46.

25. O art. 3.º do *CCoop* consagra que «as cooperativas são organizações democráticas geridas pelos seus membros, os quais participam ativamente na formulação das suas políticas e na tomada de decisões. Os homens e as mulheres que exerçam funções como representantes eleitos são responsáveis perante o conjunto dos membros que os elegeram. Nas cooperativas de primeiro grau, os membros têm iguais direitos de voto («um membro, um voto»), estando as cooperativas de outros graus organizadas também de uma forma democrática».

A gestão democrática assenta na necessária participação ativa, por parte dos cooperadores, na definição das políticas da cooperativa e na tomada de decisões, participando nas assembleias gerais [arts. 33.º, n.º 1, al. a), e 34.º, n.º 2, al. a), do *CCoop*] e integrando os demais órgãos sociais da cooperativa²⁶.

A gestão democrática pelos membros assenta na regra da igualdade de direitos de voto — pelo menos nas cooperativas de primeiro grau (art. 51.º, n.º 1, do *CCoop*) —, admitindo-se exceções para as cooperativas de segundo grau (art. 83.º do *CCoop*) e para as cooperativas que resultem da associação entre cooperativas ou entre cooperativas e pessoas coletivas de direito público (art. 8.º, n.º 2, do *CCoop*). Para estas o legislador cooperativo português admite, expressamente e desde que estatutariamente consagrado, o voto plural, definido em função de um «critério objetivo» e de acordo com o *Princípio democrático* (art. 83.º do *CCoop*).

A gestão democrática será necessariamente transparente por força do direito à informação dos cooperadores consagrado no *CCoop* [al. c) do n.º 1 do art. 33.º] e pelo poder de controlo e fiscalização que a Assembleia Geral e o Conselho Fiscal exercem sobre o órgão de administração da cooperativa.

4. A disciplina jurídica do órgão de administração versus a profissionalização da gestão das cooperativas

Até aqui movemo-nos no plano de considerações genéricas sobre a articulação entre o direito cooperativo e o direito societário e sobre as especificidades do regime jurídico do órgão de administração que funcionam como limites à aplicação do direito societário. Importa agora refletir sobre os aspetos do regime jurídico que potenciam ou inibem a profissionalização da gestão das cooperativas.

Na impossibilidade de tratar exaustivamente todo o regime do órgão de administração da cooperativa — tal é a sua amplitude — decidimos orientar o nosso estudo para as seguintes matérias: a repartição de competências entre o órgão deliberativo interno (a Assembleia Geral) e o órgão de administração (a Direção) e os modos de designação, remuneração e organização deste. Deixaremos de fora outras questões relevantes como os deveres dos administradores, regime de responsabilidade destes e conflito de interesses.

26. V., neste sentido, HIEZ, D., *Coopératives. Création, Organisation, Fonctionnement*, cit., p. 181.

4.1. Noções gerais sobre a estrutura orgânica das cooperativas

O Capítulo V dedicado aos «órgãos das cooperativas» distingue os órgãos legais — a Assembleia Geral, a Direção, o Conselho Fiscal (art. 39.º, 1, do *CCoop*) — dos órgãos criados estatutariamente (art. 39.º, 2, do *CCoop*).

Esta estruturação dos órgãos legais das cooperativas portuguesas poderá ser caracterizada como uma estrutura hierárquica e tripartida.

A estrutura é hierárquica uma vez que a Assembleia geral, na qual participam todos os cooperadores (art. 44.º do *CCoop*), surge como o órgão supremo da cooperativa, sendo as suas decisões obrigatórias para os restantes órgãos (art. 44.º, n.º 1, do *CCoop*).

A Direção é o órgão de administração da cooperativa, tendo a seu cargo, enquanto tal, poderes de gestão e de representação da cooperativa (art. 56.º do *CCoop*), enquanto que o Conselho Fiscal se assume como um órgão de controlo e fiscalização (art. 61.º do *CCoop*).

O n.º 2 do art. 39.º do *CCoop*, ao estabelecer que «os estatutos podem ainda consagrar outros órgãos, bem como dar poderes à Assembleia Geral ou à Direção para constituírem comissões especiais, de duração limitada, destinadas ao desempenho de tarefas determinadas», parece querer afastar quer o modelo dualista (compreendendo um conselho de administração executivo, um conselho geral e de supervisão, e um revisor oficial de contas) quer o modelo anglo-saxónico (que inclui um conselho de administração, compreendendo uma comissão de auditoria, e um revisor oficial de contas) quanto à administração da cooperativa, modelos previstos no *CSC* para as sociedades anónimas (art. 278.º, n.º 1, do *CSC*).

A figura do fiscal único, prevista no *CSC* para as sociedades anónimas, também é afastada, pelo que o Conselho Fiscal será sempre um órgão colegial, surgindo o revisor oficial de contas como um mero assessor deste órgão (art. 60.º, n.º 3, do *CCoop*). Já não será assim para a Direção, uma vez que, nos termos do art. 55.º do *CCoop*, a composição deste órgão varia consoante o número de membros da cooperativa: (i) nas cooperativas com mais de 20 membros, a Direção é composta por um presidente e dois vogais, um dos quais substituirá o presidente nos seus impedimentos, quando não houver vice-presidente; (ii) nas cooperativas que tenham até 20 membros, a Direção é composta por um presidente que designará quem o substitui nas suas faltas e impedimentos (o legislador consagra, assim, a possibilidade de nestas cooperativas existir um só diretor que cumula em si a qualidade de presidente).

Note-se que as comissões especiais previstas no n.º 2 do art. 39.º do *CCoop*, que poderão ser constituídas pela Assembleia Geral ou pela Direção, terão uma duração limitada e desempenharão tarefas determinadas que, todavia, não poderão corresponder a competências exclusivas dos órgãos obrigatórios²⁷.

O *CCoop* estabelece a obrigatoriedade de um número ímpar de membros dos órgãos de administração e fiscalização (n.º 2 do art. 55.º e n.º 1 do art. 60.º do *CCoop*), previsão que reduz as possibilidades de empate na adoção de deliberações, solução que nos parece mais prudente e adequada ao princípio cooperativo da gestão democrática pelos membros.

O legislador cooperativo prevê o voto de qualidade do presidente do órgão da cooperativa (n.º 1 do art. 43.º do *CCoop*), por razões de funcionalidade e celeridade na tomada de decisão, quando, e não obstante o número ímpar, estão presentes na reunião um número par de titulares do órgão, podendo gerar-se empate nas votações.

Não existe um número máximo de membros dos órgãos sociais, dado que os estatutos podem alargar a composição dos órgãos de administração e de fiscalização sem que se preveja qualquer limite (art. 55.º, n.º 2, e art. 60.º, n.º 2, do *CCoop*).

Finalmente, os estatutos podem prever a existência de membros suplentes (art. 57.º, n.º 4, do *CCoop*).

4.2. Distribuição de competências entre a assembleia geral (órgão deliberativo interno) e o órgão de administração

Quanto à Assembleia Geral, o *CCoop* qualifica-a como sendo o «órgão supremo da cooperativa» (art. 44.º, n.º 1, do *CCoop*). Este termo «órgão supremo» da cooperativa assume, no *CCoop*, um triplo significado: (i) as mais importantes e decisivas matérias da vida da cooperativa integram-se na esfera de competências da Assembleia Geral (art. 49.º do *CCoop*); (ii) os membros dos órgãos sociais são eleitos pela Assembleia Geral de entre o coletivo dos cooperadores (n.º 1 do

27. Para uma análise mais desenvolvida, v. MEIRA, D. A., «A relevância do cooperador na governação das cooperativas», cit., pp. 14-26.

art. 40.º do *CCoop*); (iii) as decisões da assembleia geral são obrigatórias para os restantes órgãos e para todos os membros (n.º 1 do art. 44.º do *CCoop*)²⁸.

Assim, nos termos do art. 49.º do *CCoop*, para além de outras constantes dos estatutos, a Assembleia Geral tem competências eletivas (eleição e destituição dos membros dos órgãos da cooperativa), estratégicas (alteração dos estatutos; aprovação da fusão, cisão ou dissolução voluntária da cooperativa, filiação voluntária da cooperativa em uniões, federações e confederações), de gestão (apreciação e votação anual do relatório de gestão e contas do exercício; apreciação e certificação legal das contas; apreciação e votação do orçamento e do plano de atividades; fixação das taxas de juro a pagar aos membros da cooperativa; aprovação da forma de distribuição dos excedentes; fixação da remuneração dos membros dos órgãos sociais da cooperativa) e de controlo (deliberação sobre a exclusão dos cooperadores e a perda de mandato dos órgãos sociais; funcionamento como instância de recurso quanto à admissão ou recusa de novos membros e quanto às sanções aplicadas pela Direção; decisão quanto ao exercício do direito da ação civil ou penal contra diretores, gerentes e outros mandatários ou membros do Conselho Fiscal).

Desta norma resulta que nas cooperativas não se assiste a uma concentração dos poderes de gestão no órgão de Direção, podendo a Assembleia Geral deliberar sobre assuntos diretamente ligados à gestão da cooperativa. Assim, para além das competências mencionadas no art. 49.º do *CCoop*, os estatutos poderão acrescentar outras competências de gestão a ser exercidas pela Assembleia Geral. Deste modo, será lícita uma cláusula estatutária que atribua aos cooperadores o direito de deliberar sobre outras matérias relativas à gestão das cooperativas, ou que imponha à Direção o dever de submeter aos cooperadores alguma dessas matérias, de modo a obter prévio consentimento para a prática de determinadas categorias de atos de gestão.

Neste contexto, os estatutos podem reservar para deliberação dos cooperadores poderes em matéria de gestão, à semelhança do regime previsto para as sociedades por quotas (art. 246.º, n.º 1, do *CSC*²⁹) ou preverem a possibilidade

28. Sobre o alcance do modelo da assembleia geral como «órgão supremo» da cooperativa, v. MUNKNER, H.-H., *Chances of Co-operatives in the Future. Contribution to the International Co-Alliance Centennial 1895-1995*, Marburgo/Lahn, 1995, p. 106; e HENRY, H., *Guidelines for Cooperative Legislation*, International Labour Office, Genebra, 2012, pp. 80-86.

29. Sobre esta norma, v. ABREU, J. M. C., «Anotação ao art. 246.º», in: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (Coord. de Coutinho de Abreu), Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 14-22.

de os cooperadores deliberarem emitindo instruções sobre a política empresarial geral da cooperativa ou sobre certos assuntos, desde que se ressalvem os poderes que, imperativamente, são atribuídos por lei à Direção, com particular destaque para a elaboração do relatório de gestão e da proposta de aplicação de resultados [al. a) do art. 56.º do *CCoop*]. Note-se, contudo, que, no nosso ordenamento, não será lícita a cláusula estatutária que atribua aos cooperadores praticamente todo o poder de decisão em assuntos de gestão, cabendo à Direção a mera execução de tais deliberações (estamos a falar da administração e não da representação da cooperativa). Tendo em conta o modelo previsto no *CCoop*, a Direção é um órgão necessário de administração, como vimos, e ainda que vigore um princípio de dependência entre o órgão de administração e a assembleia geral, tal princípio terá de respeitar a estrutura corporativa que, por força da lei, as cooperativas devem adotar, assente em órgãos diferenciados com competências determinadas^{30/31}.

Acresce que, nas cooperativas, serão vinculativas para o órgão de administração as deliberações dos cooperadores («as suas deliberações, tomadas nos termos legais e estatutários, obrigatórias para os restantes órgãos da cooperativa» — n.º 1 do art. 44.º do *CCoop*). Diversamente, na sociedade anónima, da conjugação do disposto no n.º 3 do art. 373.º e do n.º 1 do art. 405.º, ambos do *CSC*, caberá aos estatutos determinar se e quando são vinculativas para o órgão de administração as deliberações dos sócios em matéria de gestão.

Doutrina relevante da atualidade critica esta possibilidade de intervenção direta da Assembleia Geral na gestão corrente da cooperativa, destacando alguns problemas práticos que a mesma poderá colocar e que resultam das deficiências que apresenta o órgão Assembleia geral: atuação esporádica e descontinuada,

30. V., no mesmo sentido, ainda que reportando-se às sociedades por quotas, ABREU, J. M. C., «Anotação ao art. 246.º», cit., p. 19.

31. Não serão admissíveis no ordenamento português soluções similares às previstas no ordenamento italiano para a «*piccola società cooperativa*» a qual poderá ser administrada diretamente pela assembleia de sócios, que deve nomear um presidente que será o seu representante perante terceiros (V. FRASCARELLI, M., *Le Società Cooperative*, Edizioni FAG, Milão, 2006, pp. 253-257) ou no ordenamento inglês no qual se permite que nas cooperativas de pequena dimensão os membros fundadores escolham um modelo de governação assente numa estrutura coletiva em que todas as decisões são tomadas diretamente pela Assembleia Geral (sobre este modelo v. SNAITH, I., «United Kingdom», in: *International Handbook of Cooperative Law* (Editors Dante Cracogna, Hagen Henry, Antonio Fici), Springer, Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2013, pp. 748-751).

lentidão e dificuldade na tomada de decisões, maior possibilidade de impugnação das deliberações, custos económicos das reuniões, falta de rigor na tomada de decisões, falta de conhecimento das exigências do mercado, ausência de responsabilidade perante terceiros, entre outros³².

Tal significa que a amplitude deste princípio de dependência entre a Assembleia Geral e a Direção poderá colocar dificuldades à profissionalização da gestão da cooperativa.

Desta forma, deveremos ter sempre presente que a Direção não pode ser encarada como um órgão puramente executivo. Estamos perante um órgão que dispõe de competências próprias em matéria de gestão e de representação, assinaladas no art. 56.º do *CCoop*, e que não poderão ser avocadas pela Assembleia Geral, designadamente aquelas cujo desempenho requer requisitos particulares de carácter técnico e um conhecimento adequado da atividade da cooperativa.

4.3. Designação dos membros da Direção

Os membros do órgão Direção são eleitos pela assembleia geral [al. a) do art. 49.º do *CCoop*] entre os cooperadores (art. 40.º, n.º 1, do *CCoop*), afastando-se, assim, a possibilidade de não membros poderem integrar este órgão. Segundo Hans-H. Münkner, este mecanismo foi concebido pelo legislador para assegurar que os membros do órgão de administração da cooperativa centrariam a sua atuação no objetivo de promoção dos interesses dos membros. De facto, este mecanismo, ao permitir que os interesses dos cooperadores estejam diretamente representados no órgão de administração, apresenta a vantagem de os dirigentes da cooperativa, orientados pela sua própria experiência, terem permanentemente presentes os interesses dos cooperadores, não se desviando da finalidade principal da cooperativa³³. A propósito desta participação dos cooperadores no órgão

32. V., neste sentido, VARGAS VASSEROT, C., «La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad corporativa», *CIRIEC-España, revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 20, 2009, pp.7 e ss..

33. V. MUNKNER, H.-H., *Nueve Lecciones de Derecho Cooperativo*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Marburgo, 1982, p. 73; no mesmo sentido, destacando a potencial oposição entre os interesses dos cooperadores e dos gestores profissionalizados não membros, v. HIEZ, D., *Coopératives. Création, Organisation, Fonctionnement*, cit., p. 180.

de administração, considerada uma relevante manifestação do princípio da gestão democrática, fala-se de uma «tripla qualidade»³⁴ dos cooperadores que se junta à tradicional «dupla qualidade», acima referida.

Diversamente, nas sociedades comerciais, os membros dos órgãos de administração não têm de ser sócios, mas devem ser pessoas singulares com capacidade jurídica plena [arts. 390.º, n.º 3, e 425.º, n.º 5, als. a) e e)], sendo que este último requisito também se aplicará às cooperativas, por remissão do art. 9.º do *CCoop*.

Para além de restringir a qualidade de membro do órgão de Direção à pessoa dos cooperadores, o *CCoop*, não estabelece expressamente requisitos particulares de carácter técnico, de idoneidade e de experiência para o cargo, o que poderá representar um obstáculo acrescido à profissionalização da gestão das cooperativas, dado que todos os titulares da Direção são cooperadores, enquanto que na sociedade comercial será possível recrutar, fora do universo dos sócios, profissionais devidamente habilitados para exercer as funções de administrador³⁵.

Note-se que, no plano dos princípios, o legislador cooperativo não é indiferente à necessidade de qualificação dos titulares dos órgãos responsáveis pela administração da cooperativa. De facto, por um lado, o princípio cooperativo da educação, formação e informação realça a obrigação de as cooperativas, na sua atividade, assegurarem a educação e formação, quer dos seus membros, quer dos titulares dos seus órgãos eleitos, quer dos seus administradores, quer dos seus trabalhadores³⁶. Este princípio concretiza-se, no *CCoop*, através da consagração de uma reserva obrigatória «para a educação cooperativa e a formação cultural e técnica dos cooperadores, dos trabalhadores da cooperativa e da comunidade», sendo que a Direção deve integrar anualmente no plano de atividades um plano de

34. HIEZ, D., *Coopératives. Création, Organisation, Fonctionnement*, cit., p. 202.

35. Alertando para os inconvenientes da exigência de que todos os membros do órgão de administração da cooperativa sejam cooperadores, v. MUNKNER, H.-H., *Nueve Lecciones de Derecho Cooperativo*, cit., pp. 73-74 e *Chances of Co-operatives in the Future. Contribution to the International Co-Alliance Centennial 1895-1995*, p. 107; e HENRY, H., *Guidelines for Cooperative Legislation*, cit., p. 87.

36. Sobre a importância da educação e formação cooperativas para a qualificação e profissionalização dos titulares do órgão de administração da cooperativa, v. MUNKNER, H.-H., *Making Co-operative Promoters-40 years ICDC*, Marburgo, 2012, pp. 132-135.

formação para aplicação desta reserva (n.º 4 do art. 70.º do *CCoop*)³⁷. Por outro lado, deveremos ter presente que os diretores da cooperativa, do mesmo modo que os membros dos órgãos de administração das sociedades, estão sujeitos aos deveres de lealdade e de cuidado³⁸ perante a cooperativa³⁹, os quais requerem que estes manifestem disponibilidade, tenham competência técnica e um conhecimento da atividade da cooperativa adequados às suas funções. Tudo isto pressupõe a profissionalização dos diretores, ainda que esta não seja percebida pelo legislador como uma condição de validade da designação para o cargo, mas como uma medida de apreciação dos deveres gerais do diretor, designadamente do dever geral de cuidado⁴⁰. Neste contexto, será de defender a possibilidade de os estatutos da cooperativa estabelecerem requisitos de natureza técnica e pessoais para os cooperadores poderem assumir a qualidade de membros da direção da cooperativa, desde que tais requisitos não resultem de juízos arbitrários e desprovidos de fundamento para aquela cooperativa em concreto.

37. Há ordenamentos jurídicos em que se prevê a existência de um órgão responsável pela educação e formação cooperativas, chamado de «Comissão de Educação». A Lei de Bases de Cooperativas da América Latina — *Ley Marco para las Cooperativas de America Latina* — aprovada pela Aliança Cooperativa Internacional para as Américas (*ACI Américas*) em 2008 (texto disponível em www.aciamericas.coop/Estudios-e-investigaciones-de-ACI) prevê-o no seu art. 68.º (sobre esta lei, v. CRACOGNA, D., «Nueva versión de la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina», *Ciriec-Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 20, 2009, pp. 183-200). É o caso também da Colômbia (sobre a governação das cooperativas na legislação colombiana, v. SARMIENTO REYES, A. J., «Colombia», in: *International Handbook of Cooperative Law*, cit., p. 367 e ss.), do México (sobre a governação das cooperativas na legislação mexicana, v. ROJAS HERRERA, J. J., «Mexico», in: *International Handbook of Cooperative Law*, cit., p. 533 e ss.), do Perú (sobre a governação das cooperativas na legislação peruana, v. TORRES MORALES, C., «Perú», in: *International Handbook of Cooperative Law*, cit., p. 597 e ss.) e do Uruguai (sobre a governação das cooperativas na legislação uruguaia, v. REYES LAVEGA, S., «Uruguay», in: *International Handbook of Cooperative Law*, cit., p. 794 e ss.), entre outros.

38. Para uma análise desenvolvida destes deveres, ver ABREU, J. M. C., «Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social», in: *Reformas do Código das Sociedades Comerciais*, IDET, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 18-47.

39. Considerando que o dever de lealdade patente em diversas alíneas do n.º 1 do art. 65.º do *CCoop* e que o dever de cuidado, não previsto expressamente no *CCoop*, mas aplicável às cooperativas por remissão do art. 9.º do *CCoop*, v. RAMOS, M. E., «Da responsabilidade dos dirigentes e gestores das cooperativas — uma introdução», *Revista Cooperativismo e Economía Social*, n.º 32 (2009-2010), Universidade de Vigo, pp. 50-51.

40. V. COSTA, R., «Anotação ao art. 390.º», in: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, cit., pp. 205-206.

Importando soluções do regime jurídico societário, outros ordenamentos jurídicos permitem que terceiros integrem o órgão de administração da cooperativa, salvaguardando que a maioria dos titulares seja cooperadores, solução que nos parece a mais eficaz para alcançar a necessária profissionalização na gestão da cooperativa⁴¹. Acresce que esta solução é compatível com o princípio da gestão democrática, pois para além da referida salvaguarda, o recrutamento externo de administradores não membros depende de autorização estatutária, sendo que a eleição e destituição dos mesmos cabe aos cooperadores em assembleia geral⁴².

Tal como nas sociedades comerciais, é válida a designação de um cooperador — pessoa coletiva (o art. 5.º do *CCoop* prevê a possibilidade de os membros serem pessoas coletivas) — como membro da Direção, desde que este nomeie uma pessoa singular para exercer o cargo em nome próprio (art. 390.º, n.º 4, do *CSC*, por remissão do art. 9.º do *CCoop*). Entendemos que, tal como defende Raul Ventura, a pessoa física nomeada «exerce o cargo em nome próprio, tal como se pessoal e diretamente tivesse sido designada pelo contrato ou eleita pela assembleia»⁴³, pelo que essa pessoa singular deverá ser um cooperador, atendendo à restrição do n.º 1 do art. 40.º do *CCoop*. Este nosso entendimento é confirmado

41. Cite-se, por exemplo, o ordenamento belga [(art. 378.º do *Código das Sociedades*), v. COATES, A., «Belgium», in: *International Handbook of Cooperative Law*, cit., p. 261]; o ordenamento brasileiro [(Lei Complementar n.º 130, de 17 de abril de 2009), v. ALVES, A. C., «Brazil», in: *International Handbook of Cooperative Law*, cit., p. 282]; o ordenamento finlandês [(Capítulo 5 do *Osuuskuntalaki*, 28/12/2001/1488), v. HENRY, H., «Finland», in: *International Handbook of Cooperative Law*, cit., p. 388]; no ordenamento francês admite-se expressamente em algumas leis cooperativas, como a lei das cooperativas de artesanato (art. 21.º da L. n.º 83-657 de 20 de julho de 1983) e a lei das cooperativas agrícolas (C. Rur. Art. R. 524-28, al. 2), mas a doutrina discute se o silêncio da restante legislação cooperativa vale em sentido afirmativo (v. HIEZ, D., *Coopératives. Création, Organisation, Fonctionnement*, cit., p. 203); o ordenamento espanhol (art. 34.º, n.º 2, da Ley Estatal de cooperativas e todas a leis autonómicas), TATO PLAZA, A., «La Administración» in: *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I (Dir. Juan Ignacio Peinado Gracia, Coord. Trinidad Vásquez Ruano), Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, pp. 441-443; ordenamento italiano [(art. 2542.º *Codice Civile*), v. CECCHERINI, A. / SCHIRO, S., «Società Cooperative e Mutue Assicuratrici (artt. 2 511-2 548 c.c.)», in: *La Riforma del Diritto Societario* (a cura di Giovanni Lo Cascio), Giuffrè Editore, Milão, 2003, pp. 157-161.

42. V., neste sentido, VARGAS VASSEROT, C., «La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad corporativa», cit., p. 11; e TATO PLAZA, A., «La Administración» in: *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I, cit., p. 443.

43. VENTURA, R., *Novos Estudos sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo* (reimpressão da edição de 1994), Almedina, Coimbra, 2003, p. 181.

pelo n.º 1 do art. 46.º do Regulamento (CE) n.º 1 435/2003, do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativo ao *Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (ESCE)*, quando dispõe que o representante da pessoa coletiva «fica sujeito às mesmas condições e obrigações a que estaria sujeito se fosse pessoalmente membro desse órgão».

Nas cooperativas, os membros do órgão de administração podem ser designados pelos cooperadores fundadores em cláusula autónoma, no momento da constituição da cooperativa [al. h) do n.º 1 do art. 12.º do *CCoop*], possibilidade também admitida para as sociedades anónimas, no modelo tradicional (n.º 1 do art. 391.º do *CSC*). Nas cooperativas, já não será admissível a designação por outro órgão, dada a restrição do n.º 1 do art. 40.º do *CCoop*. Diversamente, nas sociedades anónimas que adotem o modelo germânico os membros do órgão de administração poderão ser designados pelo conselho geral e de supervisão [art. 425.º, n.º 1, al. a) do *CSC*].

Nas cooperativas, tal como nas sociedades, vigora a regra supletiva da designação por quatro anos civis, podendo os estatutos derrogar essa regra, mas sempre para um período mais curto (n.º 1 do art. 40.º do *CCoop* e n.º 3 do art. 391.º do *CSC*).

Nas cooperativas (n.º 3 do art. 40.º do *CCoop*), do mesmo modo que nas sociedades anónimas (n.º 3 do art. 391.º do *CSC*), permite-se a reeleição.

Assim, nas cooperativas, dispõe-se que os estatutos podem limitar o número de mandatos consecutivos para a Direção, pelo que no silêncio dos estatutos vigora a regra do número ilimitado de mandatos consecutivos.

Poderá questionar-se se o princípio da adesão voluntária e livre (o tradicional princípio da porta aberta), do qual decorre uma variabilidade estrutural no plano dos cooperadores, será compatível com um mandato que, em abstrato, pode durar tanto quanto a cooperativa⁴⁴. Também será questionável a compatibilidade desta regra com o princípio da gestão democrática pelos membros, podendo aduzir-se vários argumentos: a limitação de mandatos promove a democracia no acesso aos órgãos, oferecendo-se a um maior número de cooperadores a possibilidade de terem um papel mais ativo nos negócios da cooperativa; permite a renovação dos quadros dirigentes e consequentemente das respetivas práticas de gestão (o que

44. Neste sentido, v. HIEZ, D., *Coopératives. Création, Organisation, Fonctionnement*, cit., p. 205.

poderá potenciar a profissionalização do órgão, quando ela é deficitária); afasta o perigo de que os membros do órgão de administração se perpetuem no cargo, escapando a qualquer possibilidade de controlo por parte da base social da cooperativa; permite aos cooperadores uma mais adequada monitorização da formação e da atividade do órgão de administração.

Claro que poderá sempre contra-argumentar-se que a preferência do legislador pela reeleição será compreensível à luz da necessária profissionalização dos gestores e conseqüente estabilidade no desempenho do cargo⁴⁵. Efetivamente, uma excessiva rigidez quanto à renovação dos mandatos poderá conduzir ao desperdício de profissionais que se formaram na prática cooperativa e que são recursos importantes para uma gestão eficiente. Acresce que a reeleição é compatível com o princípio da gestão democrática, pois é a Assembleia Geral que renova de forma expressa a sua confiança nos administradores envolvidos⁴⁶.

Atendendo ao princípio da gestão democrática pelos membros (art. 3.º do *CCoop*), designadamente a regra «um homem, um voto», não se assiste na cooperativa ao fenómeno dos administradores propostos ou eleitos por minoritários (previsto no art. 392.º do *CSC*), mas nas cooperativas de interesse público consagra-se a regra da designação de administradores por parte do Estado ou entidade pública a ele equiparada, independentemente de qualquer deliberação da assembleia geral (art. 8.º do DL n.º 31/84, de 21 de janeiro).

4.4. A remuneração dos membros da Direção

4.4.1. O princípio da presunção da gratuidade

O legislador cooperativo português consagra um princípio de presunção da gratuidade das funções dos membros do órgão de Direção, uma vez que o art. 43.º, n.º 6, do *CCoop* não impõe a remuneração, determinando apenas que será a Assembleia Geral o órgão competente para a fixar, quando devida, competência esta que é reafirmada pela al. m) do art. 49.º do *CCoop*. Acresce que esta

45. Argumento invocado por MUNKNER, H.-H., *Chances of Co-operatives in the Future. Contribution to the International Co-Alliance Centennial 1895-1995*, cit., p. 11. Nas sociedades comerciais, v. COSTA, R., «Anotação ao art. 391.º», in: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, cit., p. 225.

46. V., neste sentido, VELLA, F., «La governance della società cooperative», in: *La riforma delle società cooperative* (coord. Carlo Borzaga / Antonio Fici), Edizioni 31, Trento, 2004, p. 76.

última norma estabelece a possibilidade de os estatutos impedirem a remuneração dos membros dos órgãos sociais da cooperativa. No silêncio dos estatutos vigora então a regra da gratuidade.

No caso das cooperativas, a presunção da gratuidade das funções advém das origens do cooperativismo, ligando-se à ideia de que os líderes das cooperativas se movem sobretudo por um sentimento de responsabilidade social e de serviço aos membros (porque também o são) e não pela obtenção de uma compensação remuneratória. Acresce que, como o titular do órgão de administração é necessariamente cooperador tem, por esse facto, interesses diretos no resultado da atividade cooperativa (traduzida na promoção dos interesses dos cooperadores), aceitando dedicar-se à cooperativa sem obter quaisquer contrapartidas.

Consideramos que esta presunção de gratuidade das funções dos administradores não se coaduna com as necessidades atuais da generalidade das cooperativas de assegurarem a competência e disponibilidade daqueles. Efetivamente, a questão da remuneração dos titulares do órgão de administração é relevante, sobretudo se tivermos em vista a profissionalização da gestão. A complexidade das funções orgânicas a que os membros do órgão de administração estão adstritos no exercício das suas funções, o severo regime de responsabilidade a que estão submetidos, designadamente nas cooperativas de média e grande dimensão, justifica que as mesmas sejam compensadas com uma remuneração⁴⁷.

4.4.2. Critérios de fixação das remunerações

Nas cooperativas, a fixação das remunerações compete, tal como nas sociedades, à assembleia geral. Sendo certo que não há uma liberdade absoluta na fixação das políticas remuneratórias, a verdade é que o *CCoop*, diversamente do *CSC*, não estabelece os critérios a ter em conta para a referida fixação. A parte final do n.º 1 do art. 399.º do *CSC* manda atender às funções desempenhadas e à situação económica da sociedade, critérios que serão aplicáveis às cooperativas por remissão do art. 9.º do *CCoop*, desde que não se desrespeitem os princípios cooperativos.

47. V. VARGAS VASSEROT, C., «La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad corporativa», cit., pp. 14-18.

A este propósito cumpre destacar a solução prevista no ordenamento francês que consagra a possibilidade de, mediante cláusula estatutária, se utilizarem dois critérios para a determinação da remuneração dos administradores [art. 15.º da L. n.º 47-1775, de 10 de setembro de 1947 (*portant statut de la coopération*⁴⁸): as operações efetuadas pela cooperativa e os resultados obtidos. No entanto, o legislador francês não esclarece: (i) se as operações em causa se reportam apenas às operações com os membros, ou abrangem também as operações com terceiros⁴⁹; (ii) e ainda se os resultados obtidos se referem apenas aos excedentes, ou abrangem também os lucros provenientes das operações com terceiros ou outros resultados⁵⁰. Estes esclarecimentos são muito importantes para se prevenirem excessos por parte dos administradores, aumentando o volume de operações com terceiros em detrimento das operações com os membros, o que poderá conduzir a fenómenos de desmutualização da cooperativa⁵¹.

Todos os critérios de determinação da remuneração dos administradores terão de estar alinhados com as especificidades das cooperativas enquanto entidades não lucrativas, cuja finalidade principal é a de satisfazer as necessidades dos membros (escopo mutualístico) e que assentam no primado da pessoa e dos obje-

48. *Journal Officiel* de 11 de setembro, p. 9 088.

49. O *CCoop*, no seu art. 2.º, n.º 2, estabeleceu que «as cooperativas, na prossecução dos seus objetivos, poderão realizar operações com terceiros, sem prejuízo de eventuais limites fixados pelas leis próprias de cada ramo». Sobre esta questão, v. MEIRA, D. A., «As operações com terceiros no Direito Cooperativo Português», in: *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, (coord. de Deolinda Aparício Meira), Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2012, pp 413-425.

50. Nas cooperativas são identificáveis três tipos principais de resultados: os resultados cooperativos, designados de excedentes, correspondentes aos resultados provenientes da atividade económica desenvolvida entre a cooperativa e os seus membros (atividade cooperativizada); os resultados extracooperativos, correspondentes aos resultados provenientes das operações com terceiros; e os resultados extraordinários, provenientes de atividade alheia ao fim social da cooperativa. Esta distinção está expressamente prevista na legislação cooperativa espanhola (v.g. art. 57.º da Lei Estatal de Cooperativas — Ley 27/1999, de 16 de julho). V., sobre esta distinção, FAJARDO GARCIA, I.-G., *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 120 e ss.; e PANIAGUA ZURERA, M., «Determinación y aplicación de resultados», in: *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I, cit., pp. 659-686.

51. V., neste sentido, HIEZ, D., *Coopératives. Création, Organisation, Fonctionnement*, cit., pp. 209-210.

tivos sociais sobre o capital⁵². Neste contexto, será de defender a adoção de políticas remuneratórias justas, transparentes mas moderadas⁵³, tendo em conta o Princípio da participação económica dos membros, o qual, a propósito da remuneração dos títulos de capital, prescreve uma compensação limitada (critério que deverá ser aplicado à fixação das remunerações dos titulares dos órgãos sociais).

4.4.3. O caso específico da remuneração variável correspondente a participações especiais nos resultados

Nas sociedades comerciais permite-se que a componente variável da remuneração corresponda a uma percentagem dos lucros do exercício, desde que autorizada por cláusula estatutária (n.º 2 do art. 399.º do *CSC*).

Diversamente, nas cooperativas não serão admissíveis remunerações compostas por uma parte variável que consista numa participação especial nos resultados positivos do exercício correspondentes a lucros do exercício, ou seja, lucros provenientes de operações com terceiros, pois o *CCoop* proíbe a sua repartição pelos cooperadores (art. 73.º, n.º 1, do *CCoop*), determinando a sua afetação obrigatória a reservas irrepartíveis (art. 72.º do *CCoop*)⁵⁴. O fundamento deste regime legal está no facto de, nas cooperativas, os resultados das operações com terceiros serem juridicamente encarados como lucros e não como verdadeiros excedentes cooperativos, uma vez que não foram realizados no âmbito de uma atividade mutualista.

Quanto aos excedentes gerados no exercício, entendemos que não é teoricamente nem juridicamente impossível a sua utilização para o apuramento da componente variável da remuneração dos titulares do órgão de Direção (que, lembre-se, no nosso ordenamento são sempre cooperadores).

52. Este primado é um dos princípios orientadores da economia social, expressamente consagrado na al. a) do art. 5.º da Lei de Bases da Economia Social. Sobre esta matéria *v.* MEIRA, D. A., «A Lei de Bases da Economia Social Portuguesa: do projeto ao texto final», cit., pp. 21-52.

53. VARGAS VASSEROT, C. («La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad corporativa», cit., p. 17) defende que o critério que deve presidir à fixação das remunerações dos administradores nas cooperativas é o da moderação.

54. No ordenamento belga proíbe-se, expressamente, a remuneração variável composta pela participação nos resultados (art. 2.º, par. 3, do Decreto Real de 8 de janeiro de 1962). Sobre a legislação cooperativa belga, *v.* COATES, A., «Belgium», in: *International Handbook of Cooperative Law*, cit, pp. 251 e ss.. Diversamente, o legislador francês admite essa possibilidade no art. 15.º da L. n.º 47-1775, de 10 de setembro de 1947 (*portant statut de la coopération*).

Claro que poderá questionar-se se a natureza jurídica do excedente cooperativo, que se reporta ao intercâmbio mutualístico entre o cooperador e a cooperativa, será compatível com esta utilização. De facto, o excedente corresponde aos resultados que provêm das operações da cooperativa com os seus cooperadores, sendo valores provisoriamente pagos a mais pelos cooperadores à cooperativa ou pagos a menos pela cooperativa aos cooperadores, constituindo, por isso, o resultado de uma renúncia tácita dos cooperadores a vantagens cooperativas imediatas. Daí que, quando ocorra o retorno de excedentes, após a aprovação das contas do exercício e deliberação da assembleia geral nesse sentido, a distribuição entre os cooperadores seja proporcional às operações feitas por cada um deles com a cooperativa⁵⁵.

No entanto, consideramos que o *CCoop* não impede essa utilização. Em defesa desta nossa posição poderão invocar-se duas razões.

Por um lado, o princípio cooperativo da participação económica dos membros (art. 3.º do *CCoop*), quando trata do destino dos excedentes, consagra a possibilidade de os cooperadores os destinarem ao apoio a outras atividades aprovadas pelos membros e entre estas poderá incluir-se o incentivo, por via remuneratória, ao bom desempenho das funções dos diretores.

Por outro lado, poderá invocar-se o regime previsto no art. 73.º do *CCoop*, que permite a utilização dos excedentes para remunerar, com juros, os títulos de capital, desde que tal esteja previsto nos estatutos da cooperativa. Assim, mediante autorização estatutária, poderia deduzir-se dos excedentes brutos uma parcela, nunca superior a uma determinada percentagem fixada estatutariamente, destinada a fixar a componente variável da remuneração dos membros do órgão de administração (aplicação analógica do n.º 3 do art. 73.º do *CCoop*).

Contudo, esta remuneração ficaria dependente da verificação de duas condições: da sua previsão estatutária e da existência de resultados disponíveis.

Existindo previsão estatutária, será da exclusiva competência da Assembleia geral fixar a percentagem dos excedentes que irá ser utilizada para remunerar os diretores [art. 49.º, als. f) e m), do *CCoop*].

Claro que essa remuneração variável prevista nos estatutos ficaria dependente da existência de resultados positivos, nunca podendo ocorrer «antes de se terem

55. Sobre o conceito de excedente, v. MEIRA, D. A., «O regime jurídico do excedente cooperativo», in: *Jurisprudência Cooperativa Comentada*. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola, cit., pp. 359-374.

compensado as perdas dos exercícios anteriores ou, tendo-se utilizado a reserva legal para compensar essas perdas, antes de se ter reconstituído a reserva ao nível anterior ao da sua utilização» (art. 73.º, n.º 2, do *CCoop*). Os excedentes utilizados para remuneração dos administradores em contravenção desta regra serão considerados «excedentes fictícios», responsabilizando civilmente os diretores, gerentes e mandatários que procedem à sua distribuição (art. 65.º, n.º 1, al. d), do *CCoop*).

4.4.4. *A impossibilidade da remuneração com base em títulos de capital*

Nas sociedades comerciais, a componente variável pode corresponder a uma remuneração com base em ações⁵⁶. Nas cooperativas, dado que, no ordenamento português, todos os titulares do órgão de Direção são obrigatoriamente cooperadores, em princípio, não terá qualquer interesse prático para o diretor uma componente acessória da sua remuneração com base em títulos de capital. Os diretores já são cooperadores e, sendo assim, já partilham dos mesmos interesses que os demais membros da cooperativa. Claro que, em abstrato, nada impede que, mediante deliberação da assembleia geral, haja uma remuneração dos diretores com títulos de capital adquiridos gratuitamente pela cooperativa a cooperadores (art. 24.º do *CCoop*). Contudo, coloca-se, mais uma vez, a questão do interesse prático desta forma de remuneração. Por um lado, os títulos de capital não conferem direitos políticos e os direitos económicos associados à sua posse são muito limitados. Efetivamente, na cooperativa, apenas o direito à remuneração dos títulos de capital (n.º 3 do art. 73.º do *CCoop*) e a responsabilidade do cooperador por dívidas sociais (quando este assume responsabilidade ilimitada, em virtude do disposto nos estatutos — art. 35.º do *CCoop*) estão em relação com a participação no capital social. Todos os demais direitos terão outros parâmetros como o direito de voto (art. 51.º do *CCoop*), no qual prevalecerá, como vimos, a regra «um homem, um voto»; e a participação nos excedentes que terá como parâmetro a participação na atividade da cooperativa (art. 73.º, n.º 1, do *CCoop*)⁵⁷. Finalmente, mesmo que, por hipótese, o diretor não fosse cooperador

56. V. ABREU, J. M. COUTINHO DE: *Governança das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 87-90.

57. V., neste sentido, MEIRA, D. A., *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Editora Vida Económica, Porto, 2009, pp. 284 e ss..

(o que não é possível no estado atual da legislação portuguesa), haveria que ter em conta que a mera detenção de títulos de capital não confere, automaticamente, ao detentor a qualidade de cooperador. Esta qualidade terá que ser conferida pelo órgão social competente, verificados que sejam os requisitos de admissão, legais e estatutários (art. 31.º do *CCoop*).

4.5. Organização do órgão de administração: a delegação de poderes

Nas cooperativas, tal como nas sociedades comerciais, prevê-se a possibilidade de delegação de poderes.

No caso específico das cooperativas, o art. 59.º do *CCoop* dispõe que a Direção pode delegar poderes de representação e administração, para a prática de certos atos ou de certas categorias de atos, em qualquer dos seus titulares (delegação orgânica) ou em pessoas que não são titulares do órgão — gerentes ou outros mandatários (delegação inorgânica).

A delegação prevista no *CCoop* é uma delegação restrita⁵⁸ (para a prática de certos atos ou certas categorias de atos), pelo que, tendo em conta o teor literal da norma, não poderá ocorrer na cooperativa a possibilidade mais ampla da delegação da gestão corrente, ou seja, da gestão do dia-a-dia da cooperativa⁵⁹, que está prevista para as sociedades comerciais no n.º 3 do art. 407.º do *CSC*, ainda que sempre dependente de autorização pelo contrato de sociedade. Eventualmente, pretendeu o legislador cooperativo salvaguardar o facto de que, e tendo por referência a terminologia societária, sendo todos os titulares do órgão diretores executivos, não faria sentido delegarem a gestão corrente da cooperativa em diretores delegados, pois, deste modo, passaríamos a ter, no âmbito da direção, diretores executivos e não executivos. Acresce que, por força do princípio da gestão democrática, a participação ativa dos cooperadores na gestão quotidiana da cooperativa surge como um poder-dever que recai sobre todos os membros (diz-se no art. 3.º

58. Termo utilizado, entres outros, por VENTURA, R., *Sociedades por quotas, III*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 193; MAIA, P., *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 288 e ss.; e ABREU, J. M. C., *Governação das sociedades comerciais*, cit., p. 103.

59. Sobre a noção de gestão corrente v. ABREU, J. M. C., *Governação das sociedades comerciais*, cit., p. 45 e MARTINS, A. S., *Administradores-Delegados e Comissões Executiva. Algumas considerações*, IDET, Cadernos, n.º 7, 2.º ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 34-35.

do *CCoop* que «os membros participam ativamente na formulação das suas políticas e na tomada das decisões»), o que não se coadunaria com a concentração de uma parte do poder da cooperativa nas mãos de um número menor de titulares do órgão, em virtude da delegação da gestão corrente⁶⁰.

A norma do art. 59.º do *CCoop* levanta inúmeras questões e deixa muitos problemas por resolver.

Em primeiro lugar, correspondendo esta delegação restrita, como parece ser o caso, ao disposto nos n.ºs 1⁶¹ e 2⁶² do art. 407.º do *CSC*, tal significa que a mesma só poderá ocorrer se os estatutos da cooperativa o não proibirem.

Em segundo lugar, tendo em conta o disposto no *CSC*, esta delegação restrita implica uma repartição interna de tarefas no âmbito do órgão Direção, continuando todos os diretores a deliberar sobre essas matérias, competindo especialmente aos delegados a preparação e a execução das deliberações respetivas^{63/64}. Sendo assim, não haverá modificações no regime de responsabilidade dos restantes diretores pelos atos de gestão praticados pelos diretores delegados⁶⁵.

Em terceiro lugar, o legislador cooperativo, diversamente do legislador societário (n.º 2 do art. 407.º do *CSC*), não excepciona determinadas matérias da dele-

60. Em sentido diverso, o ESCE dispõe, quanto ao sistema dualista, que os Estados membros «podem prever que a gestão corrente fique a cargo de um diretor administrativo, nas mesmas condições que nas cooperativas com sede no território desse Estado-Membro» (n.º 1 do art. 37.º do ESCE) e quanto ao sistema monista que «qualquer Estado-Membro pode prever que a responsabilidade da gestão corrente incumba a um diretor administrativo, nas mesmas condições que nas cooperativas com sede no território desse Estado-Membro» (n.º 1 do art. 42.º do ESCE).

61. Dispõe o n.º 1 do art. 407.º do *CSC*: «A não ser que o contrato de sociedade o proíba, pode o conselho encarregar especialmente algum ou alguns administradores de se ocuparem de certas matérias de administração».

62. Dispõe o n.º 2 do art. 407.º do *CSC*: «O encargo especial referido no número anterior não pode abranger as matérias previstas nas alíneas a) a m) do art. 406.º e não exclui a competência normal dos outros administradores ou do conselho nem a responsabilidade daqueles, nos termos da lei».

63. V., neste sentido, ABREU, J. M. C., *Governança das sociedades comerciais*, cit., p. 103.

64. Considerando que esta não é uma verdadeira delegação, mas um encargo, v. MARTINS, A. S., *Administradores-Delegados e Comissões Executiva. Algumas considerações*, cit., pp. 13-14; mais adiante (p. 58), alerta para o facto de no n.º 1 do art. 407.º do *CSC* se utilizar a palavra «encarregar» e, no n.º 3, do mesmo artigo, se utilizar a palavra «delegar».

65. V., neste sentido, MARTINS, A. S., «Anotação ao art. 407.º», in: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, cit., pp. 423-424.

gação restrita. Ora, é nosso entendimento que, à semelhança da solução prevista no ordenamento italiano (art. 2544.º do *Código Civile*), a delegação não poderá abranger as matérias relativas à relação mutualista, designadamente a admissão, demissão, exclusão e aplicação de outras sanções a cooperadores⁶⁶.

Em quarto lugar, o *CCoop* vem permitir que a delegação restrita possa ser, igualmente, atribuída a «gerentes e a outros mandatários», ou seja, a pessoas que não são titulares do órgão Direção, possibilidade também prevista no *CSC*, no n.º 7 do art. 391.º. Na esteira da doutrina societária, também nas cooperativas os diretores não têm de exercer, eles próprios, todos os poderes de gestão de que são titulares, devendo ser-lhes facultada a possibilidade de delegar em terceiros o exercício de alguns desses poderes, faculdade que é ela própria «um verdadeiro ato de gestão na prossecução do objeto social»^{67/68}. Contudo, várias dúvidas se colocam nesta matéria. Desde logo a questão de saber o que é o «gerente» para o *CCoop*, sendo certo que não o define e nas disposições relativas à responsabilidade dos órgãos parece não fazer a distinção entre gerente e mandatário⁶⁹. Consideramos que os gerentes serão trabalhadores da cooperativa (como os «gerentes de comércio» de que se fala no *Código Comercial*, sendo, por isso, pessoas que «em nome e por conta de um comerciante tratam do comércio deste no lugar onde este o exerce ou noutro qualquer — *Código Comercial*, arts. 248.º, 250.º e 251.º»⁷⁰). Os mandatários exercem a sua atividade ao abrigo do contrato de

66. V., neste sentido, PAOLUCCI, L. F., *Le società cooperative dopo la riforma*. Appendice. Commentario breve agli articoli da 2511 a 2545 octiesdecies del c.c. e al d.lgs. 2 agosto 2002, n. 220, in tema di vigilanza sulle cooperative, CEDAM, Pádua, 2004, pp. 93-94.

67. COSTA, R., «Anotação ao art. 391.º», in: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, cit., p. 246.

68. Neste sentido ABREU, J. M. C., *Governança das sociedades comerciais*, cit., p. 43.

69. No mesmo sentido, cite-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de fevereiro de 1994, *Jurisprudência Cooperativa – Colectânea*, INSCOOP, 1995, p. 73, nos termos do qual «Nas sociedades cooperativas para o exercício de atribuições integrantes da sua competência específica a direção pode designar um ou mais gerentes ou mandatários, delegando-lhes os poderes previstos nos estatutos ou aprovados pela assembleia geral e revogar-lhe os respetivos mandatos; Ainda que exista uma situação de emprego com a pessoa coletiva, essa relação, apesar de remunerada, supõe uma autonomia que a distingue dos trabalhadores subordinados e reveste a categoria jurídica de mandato».

70. ABREU, J. M. C., *Curso de direito comercial*, vol. I, *Introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos*, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, p. 139.

mandato previsto na lei civil. O *CCoop* submete o gerente à mesma responsabilidade dos titulares do órgão de administração; sujeita-o às mesmas proibições (art. 64.º), à mesma responsabilidade (art. 65.º) e às mesmas regras de isenção de responsabilidade (art. 67.º do *CCoop*). Destaque-se, em particular, o n.º 2 do art. 67.º, nos termos do qual são «isentos de responsabilidade os membros da direção [...], gerentes e outros mandatários que não tenham participado na deliberação que a originou ou tenham exarado em ata o seu voto contrário». Desta norma parece resultar que os gerentes e outros mandatários participam nas deliberações da Direção.

Em suma, este regime da delegação carece de uma clarificação por parte do legislador cooperativo, de forma a evitar os equívocos e as dúvidas que suscita, tanto mais que a delegação deve ser encarada como uma via para permitir uma maior profissionalização da gestão da cooperativa.

5. Conclusões

Sem abdicar da observância dos princípios cooperativos, podemos retirar contributos importantes da articulação entre os regimes cooperativo e societário quanto ao órgão de administração.

O art. 9.º do *CCoop* permite-nos concluir que, para o legislador, o *CCoop* não é auto-suficiente e que os princípios cooperativos não obstam, num contexto de reforma da legislação cooperativa, à importação de soluções previstas no Código das Sociedades Comerciais, em matéria de governação.

Assim, constatou-se que a distribuição de competências entre a Assembleia Geral e a Direção poderá inibir a profissionalização da gestão das cooperativas. Neste sentido, defendemos que, ainda que se admita a possibilidade de a Assembleia Geral deliberar sobre assuntos diretamente ligados à gestão das cooperativas, dever-se-á ter sempre presente que a Direção não é um órgão puramente executivo, dispondo de competências próprias que não poderão ser avocadas pela Assembleia Geral, designadamente aquelas cujo desempenho requer requisitos particulares de carácter técnico e um conhecimento adequado da atividade da cooperativa. Tal como no universo societário, também nas cooperativas o princípio da dependência entre o órgão de administração e a Assembleia Geral terá de respeitar claramente a estrutura corporativa, assente em órgãos diferenciados com competências determinadas.

Tendo por referência o regime jurídico das sociedades comerciais, defendemos a adoção de mecanismos que permitam que terceiros (não membros), dotados de particulares competências, integrem o órgão de administração das cooperativas, desde que essa seja a vontade dos cooperadores, manifestada em Assembleia Geral, e desde que se assegure que a maioria dos titulares do órgão são cooperadores.

Consideramos que a questão da remuneração dos titulares do órgão de administração das cooperativas é relevante se tivermos em conta a necessária profissionalização da gestão, pelo que se torna necessário clarificar os critérios para a determinação de tais remunerações, tendo por referência os critérios consagrados no Código das Sociedades Comerciais.

Finalmente, tal como nas sociedades comerciais, também nas cooperativas a delegação de poderes de gestão deverá estar sujeita a limites, deverá passar necessariamente pela avaliação dos cooperadores em Assembleia Geral e deverá depender de autorização estatutária.

Bibliografía

- ABREU, J. M. C.: *Da empresarialidade. As empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1999.
- «Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social», in: *Reformas do Código das Sociedades Comerciais*, IDET, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 15-47.
- *Curso de direito comercial*, vol. I, *Introdução, actos de comércio, comerciantes*, 9.^a ed., Coimbra, Almedina, 2013, p. 139.
- *Governança das Sociedades Comerciais*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- «Anotação ao art. 246.º», in: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. IV, Coord. de Jorge M. Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 14-22.
- ALVES, A. C.: «Brazil», in: *International Handbook of Cooperative Law*, Editors Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henry, Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2013, pp. 271- 288.
- CECCHERINI, A. / SCHIRO, S.: «Società Cooperative e Mutue Assicuratrici (artt. 2 511-2 548 c.c.)», in: *La Riforma del Diritto Societario* (a cura di Giovanni Lo Cascio), Giuffrè Editore, Milão, 2003, pp. 157-161.
- COATES, A.: «Belgium», in: *International Handbook of Cooperative Law*, Editors Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henry, Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2013, pp. 251- 269.
- CORREIA, A. F.: *Lições de Direito Comercial, Vol. II - Sociedades Comerciais. Doutrina Geral*, Universidade de Coimbra, 1968.
- COSTA, R.: «Anotação ao art. 390.º», in: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, Coord. de Jorge M. Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 195-217.
- «Anotação ao art. 391.º», in: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, Coord. de Jorge M. Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 218- 246.
- CRACOGNA, D.: «Nueva versión de la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina», *Ciriec - Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n.º 20, 2009, pp. 183-200.

- DOMINGUES, P. T.: *Do capital social. Noção, princípios e funções*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- FAJARDO GARCIA, I.-G.: *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos, Madrid, 1997.
- FICI, A.: «Cooperative Identity and the Law», *European Business Law Review*, n.º 24, 2013, pp. 37-64.
- FRADA, M. C. / GONCALVES, D. C.: «A acção *ut singuli* (de responsabilidade civil) e a relação do Direito Cooperativo com o Direito das Sociedades Comerciais», *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I (2009) – Número 4, Almedina, pp. 888-904.
- FRASCARELLI, M.: *Le Società Cooperative*, Edizioni FAG, Milão, 2006.
- FURTADO, J. P.: *Curso de Direito das Sociedades*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2004.
- HENRY, H.: *Guidelines for Cooperative Legislation*, International Labour Office, Genebra, 2012.
- «Finland», in: *International Handbook of Cooperative Law*, Editors Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henry, Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2013, pp. 373-392.
- HIEZ, D.: *Coopératives. Création, Organisation, Fonctionnement*, Éditions Delmas, Daloz, 2013.
- MAIA, P.: *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- MARTINS, A. S.: *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- *Administradores-Delegados e Comissões Executiva. Algumas considerações*, IDET, Cadernos, n.º 7, 2.º ed., Almedina, Coimbra, 2011.
- «Anotação ao art. 407.º», in: *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, Coord. de Jorge M. Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 421-439.
- MEIRA, D. A.: «A natureza jurídica da cooperativa. Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Fevereiro de 2002», *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 7, Porto, ISCAP, pp. 147-180.
- *O regime económico das cooperativas no Direito Português: o capital social*, Editora Vida Económica, Porto, 2009.
- «O quadro jurídico-constitucional do cooperativismo em Portugal», *Revista Cooperativismo e Economia Social*, n.º 33, Curso 2010/2011, Universidade de Vigo, pp. 31-46.

- «Revisitando o problema da distinção entre excedente cooperativo e lucro societário», in: *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2012, pp. 353-376.
- «As operações com terceiros no Direito Cooperativo Português», in: *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola* (coord. de Deolinda Aparício Meira), Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2012, pp 413-425.
- «O regime jurídico do excedente cooperativo», in: *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, cit., pp. 359-374.
- «A relevância do cooperador na governação das cooperativas», *Revista Cooperativismo e Economia Social*, n.º 35, Curso 2012/2013, Universidade de Vigo, pp.9-35.
- «A Lei de Bases da Economia Social Portuguesa: do projeto ao texto final», *CIRIEC-España, revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 24, 2013, pp. 21-52.
- MEIRA, D. A./ RAMOS, M. E.: *Governação e regime económico das cooperativas. Estado da arte e linhas de reforma*, Vida Económica, Porto, 2014.
- MUNKNER, H.-H.: *Nueve Lecciones de Derecho Cooperativo*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Marburgo, 1982.
- *Chances of Co-operatives in the Future. Contribution to the International Co-Alliance Centennial 1895-1995*, Marburgo/Lahn, 1995.
- *Making Co-operative Promoters-40 years ICDC*, Marburgo, 2012.
- NAMORADO, R.: «A Identidade Cooperativa na Ordem Jurídica Portuguesa», *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, n.º 157, março de 2001, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.
- *Cooperatividade e direito cooperativo – Estudos e pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005.
- PANIAGUA ZURERA, M.: «Determinación y aplicación de resultados», in: *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I (Dir. Juan Ignacio Peinado Garcia; Coord. Trinidad Vázquez Ruano), Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, pp. 659-707.
- PAOLUCCI, L. F.: *Le società cooperative dopo la riforma. Appendice. Commentario breve agli articoli da 2511 a 2545 octiesdecies del c.c. e al d.lgs. 2 agosto 2002, n. 220, in tema di vigilanza sulle cooperative*, CEDAM, Pádua, 2004.

- RAMOS, M. E.: «Ação *ut singuli* e cooperativas. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Outubro de 2008», *Revista Cooperativismo e Economia Social*, n.º 31 (2008/2009), Universidade de Vigo, pp. 273-278.
- «Da responsabilidade dos dirigentes e gestores das cooperativas — uma introdução», *Revista Cooperativismo e Economia Social*, n.º 32 (2009-2010), Universidade de Vigo, pp. 35-54.
- REYES LAVEGA, S.: «Uruguay», in: *International Handbook of Cooperative Law*, Editors Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henry, Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, Springer, 2013, pp. 779-799..
- ROJAS HERRERA, J. J.: «Mexico», in: *International Handbook of Cooperative Law*, Editors Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henry, Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, Springer, 2013, pp. 525-539.
- ROSAS, M. M.: «A integração de lacunas do Código Cooperativo e o recurso ao direito societário», in: *Jurisprudência Cooperativa Comentada. Obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, coord. de Deolinda Aparício Meira, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 2012, pp. 333-345.
- SARMIENTO REYES, A. J.: «Colombia», in: *International Handbook of Cooperative Law*, Editors Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henry, Springer, Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, Springer, 2013, pp. 355-371.
- SNAITH, I.: «United Kingdom», in: *International Handbook of Cooperative Law*, Editors Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henry, Springer, Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2013, pp. 735-757.
- TATO PLAZA, A.: «La Administración» in: *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I (Dir. Juan Ignacio Peinado Garcia; Coord. Trinidad Vázquez Ruano), Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, pp. 437-478.
- TORRES MORALES, C.: «Perú», in: *International Handbook of Cooperative Law*, Editors Dante Cracogna, Antonio Fici, Hagen Henry, Springer, Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2013, pp. 585-607.
- VARGAS VASSEROT, C.: «La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad corporativa», *CIRIEC-España, revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 20, 2009, pp. 59-82.
- VELLA, F.: «La governance della società cooperativa», in: *La riforma delle società cooperative* (coord. Carlo Borzaga/Antonio Fici), Edizioni 31, Trento, 2004, pp. 73-82.
- VENTURA, R.: *Sociedades por quotas, III*, Almedina, Coimbra, 1991.

- *Novos Estudos sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo* (reimpressão da edição de 1994), Almedina, Coimbra, 2003.
- VICENT CHULIA, F.: «El futuro de la legislación cooperativa», *Cooperativismo e Economía Social*, n.º 24 (2001-2002), Universidade de Vigo, p. 39-53.
- XAVIER, V. G. L.: *Sociedades Comerciais. Lições aos alunos de Direito Comercial do 4.º Ano Jurídico*, Ed. policopiada, Coimbra, 1987.

LA AUDITORÍA EN LAS COOPERATIVAS ESPAÑOLAS Y FRANCESAS. ESTUDIO COMPARATIVO DE SU RÉGIMEN LEGAL

Amaia Zubiaurre Gurruchaga

Doctora en Derecho

Departamento de Derecho de la Empresa de la Universidad del País Vasco

Miembro del GEZKI-Instituto de Cooperativas y Economía social de la UPV-EHU

RESUMEN

Tras estudiar el régimen de la auditoría de cuentas de las sociedades cooperativas españolas y francesas se observa que la forma de regular este tipo de sociedades en ambos países es totalmente diferente. En Francia existe una norma básica y general sobre cooperativas y algunas leyes particulares que regulan cada tipo de cooperativa. En España, sin embargo, existen múltiples leyes autonómicas sobre cooperativas y una ley estatal que resulta de aplicación residual respecto de las anteriores. El régimen general de la auditoría en Francia se encuentra en el Código de comercio y en España en la Ley de auditoría de cuentas. Aunque la regulación sobre auditoría de las cooperativas es común al resto de las sociedades, al estar estas cooperativas reguladas en normas específicas, gozan de algunas particularidades que en este trabajo trataremos de explicar. El objetivo de este trabajo es comparar la regulación sobre auditoría de cooperativas en ambos países, con la intención de conocer si existe la necesidad de mejorar la legislación española teniendo en cuenta la legislación francesa.

PALABRAS CLAVE: Cooperativas, auditoría, auditor, nombramiento, cese, independencia, duración, remuneración.

AUDITS IN SPANISH AND FRENCH COOPERATIVES – A COMPARISON OF THEIR RESPECTIVE LEGAL REQUIREMENTS

ABSTRACT

After an analysis of the rules of audit in Spanish and French cooperatives we have realised that the way of regulating cooperatives in both countries is totally different. In France there is a basic and general cooperatives standard and also there is a particular law for each type of cooperative. However, in Spain there are many regional laws on cooperatives and a state law that has a residual application. Audit in France is regulated by the Commercial Code and in Spain by the Audit Act. Although the regulation of audit for cooperatives is common to other companies, as cooperatives are regulated by specific rules, they have some particular terms that we will try to explain in this paper. The aim of this study is to compare audit regulation of cooperatives in both countries, to know whether there is a need to improve the Spanish legislation taking into account French legislation.

KEY WORDS: Cooperatives, audit, auditor, appointment, cessation, independence, duration, remuneration.

Econlit: M400, M420, M480.

SUMARIO

1. Consideraciones previas. 2. Marco normativo de la auditoría de cuentas. 3. Organización de la profesión. 4. Sociedades obligadas a someter sus cuentas a auditoría. 5. Nombramiento y aceptación del auditor. 6. Falta de nombramiento de auditor en las sociedades obligadas a someter sus cuentas a auditoría. 7. La independencia y las incompatibilidades. 8. Cese de los auditores. Causas de cese. 9. La duración del mandato del auditor, reelección y rotación. 10. La remuneración. 11. Conclusiones. Bibliografía.

1. Consideraciones previas

1.1. Derecho francés

A diferencia de las sociedades cooperativas españolas que son cooperativas porque han adoptado la forma de sociedad cooperativa, las *sociétés coopératives françaises* son sociedades cooperativas¹ por seguir los principios cooperativos y cumplir con los objetivos y normas cooperativas. Sin embargo, además de ser cooperativas, pueden o deben adoptar una forma social clásica de sociedad. Así, una cooperativa francesa puede constituirse como sociedad civil o puede adoptar alguna de las formas mercantiles. No todas las sociedades cooperativas gozan de libertad a la hora de elegir una determinada forma social debido a que, por sus características y porque así lo exigen sus normas reguladoras específicas, pueden tener la obligación de adoptar determinada forma social². Es frecuente que adopten la forma de sociedad anónima de capital variable, lo cual resulta impuesto por los regímenes particulares de determinados tipos de sociedades cooperativas³.

1. OPPETIT y SAYAG, OPPETIT, B. y SAYAG, A.: *Les structures juridiques de l'entreprise*, Editions Licet, 1981, París, 3.ª ed., p. 306, opinan que las características de la cooperativa son difícilmente conciliables con el concepto de sociedad.

2. SAINT ALARY, R.: "Sociétés Coopératives. Généralités", *Juris-Classeur, Sociétés Traité*, Fasc. 168-10, 2010, p. 23.

3. V. GUYÉNOT, J.: *Cours de Droit Commercial*, vol. II, Editions Licet, París, 1977, p. 760; MESTRE, PANCRAZI, ARNAUD-GROSSI, MERLAND y TAGLIARION-VIGNAL.: *Droit commercial. Droit interne et aspects de droit international*, 29.ª ed., LGDJ editions, París, 2012. p. 535.

Existen numerosos textos legislativos que regulan las sociedades cooperativas francesas las cuales tienen un régimen especial. La norma básica que establece los principios generales de las cooperativas en Francia es la Ley nº 47-1775 de 10 de septiembre de 1947 cuyo contenido ha sido profundamente revisado por la Ley núm. 92-643, de 13 de julio de 1992. Sin embargo, toda la regulación sobre cooperativas no se encuentra en esta Ley. Atendiendo al tipo de actividad a la que se dedican, existen distintos tipos de cooperativas que requieren que el Derecho cooperativo se adapte a los diferentes sectores profesionales afectados. Así, hay leyes especiales que regulan cada tipo diferente. En principio, las normas relativas a un tipo de cooperativa determinada tienen preferencia frente a la regulación general de las cooperativas (art. 2 de la Ley de 10 de septiembre de 1947) por lo que lo dispuesto en la la Ley nº 47-1775 de 10 de septiembre de 1947 les será aplicable siempre que no se contradiga con las normas de su régimen particular (art. 2)⁴. Además, el régimen general de cooperativas será aplicable a toda cooperativa sin estatuto especial o sin reglas específicas. Ahora bien, las normas sobre cooperativas no pueden pretender establecer un régimen jurídico completo y autónomo⁵ y para cubrir las lagunas existentes en la regulación propia de las cooperativas, toda la legislación específica sobre cooperativas debe completarse por las disposiciones previstas en los arts. L231-1 a L231-8 del Código de comercio (relativos al capital variable) y por las normas de Derecho común de sociedades contenidas en el Código de comercio y en el Código civil en función del tipo social que adopte la sociedad cooperativa.

Las Cooperativas de consumo están reguladas en la Ley de 7 de mayo de 1917 relativa a la organización del crédito a las cooperativas de consumo. Estas cooperativas, al no exigírseles una forma específica, pueden adoptar una forma civil o mercantil aunque, en la práctica, la mayor parte de las cooperativas adoptan la forma de sociedad anónima. No se suelen adoptar las formas de sociedad en nombre colectivo y de sociedad en comandita debido a la responsabilidad solidaria e ilimitada por las deudas sociales, no se recomienda que la cooperativa

4. RIPERT, G. y ROBLOT, R.: *Traité de Droit Commercial*, T. I, vol. 2, 18.ª ed., LGDJ editions, París, 2002, p.723; MERLE, P.: *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 16.ª ed., Dalloz, París, 2013, p. 18.

5. SAINTOURENS, B.: "Sociétés coopératives et sociétés de droit commun", *Revue des sociétés*, núm.1, 1996, p. 1.

adopte la forma de sociedad limitada⁶ y tampoco parece adecuada la forma de sociedad por acciones simplificada⁷, debido a que sus características no son las más adecuadas para este tipo de sociedades cooperativas.

Las sociedades cooperativas obreras de producción, según el art. 3.1 de la Ley nº 78-763 de 19 de julio de 1978 reguladora de dicho tipo de cooperativa, deben constituirse como sociedad limitada o como sociedad anónima.

Las Cooperativas artesanales, que están reguladas en la Ley nº 83-657, de 20 de julio de 1983, pueden adoptar la forma de sociedad anónima o de sociedad de responsabilidad limitada (art. 3). Las cooperativas de transporte por carretera se regirán por la Ley nº 78-763 de 19 de julio de 1978 relativa al estatuto de sociedades cooperativas de trabajo asociado (art. L3441-1 Código de transporte). Las sociedades cooperativas de empresas de transporte por carretera se regulan por el Tít. I de la Ley nº 83-657 de 20 de julio de 1983 (art. L3441-2 Código de transporte), teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. L3441-3 del Código de transporte. A las sociedades cooperativas artesanales de transporte fluvial y de empresas de transporte fluvial les serán de aplicación las disposiciones del Tít. I de la Ley nº 83-657, de 20 de julio de 1983 por remisión del art. L4431-2 del Código de transporte. Las sociedades cooperativas marítimas, reguladas en los arts. L931-5 y ss. del Código Rural y de pesca marítima⁸ son sociedades de capital variable que deberán adoptar la forma de sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada. Sin embargo, las sociedades cooperativas marítimas dedicadas a la acuicultura marina adoptarán la forma de sociedad civil (art. L931-10). Las sociedades cooperativas de interés marítimo se regulan por los artículos L931-5, L931-9 a L931-20 y L931-23 a L931-26 de dicho Código (art. L931-29). Las sociedades cooperativas de comerciantes minoristas son sociedades anónimas de capital variable que se constituyen y funcionan de conformidad a los arts. L231-1 a L231-8 del C. com. (normas relativas al capital variable) y se rigen por

6. En las Sociedades de Responsabilidad limitada se limita el número de socios a 100 (art. L233-3 C. com.) lo cual es contrario al principio de puerta abierta.

7. En estas sociedades la gestión podría organizarse de forma que la mayoría de las decisiones se reserven a un pequeño número de personas, lo que estaría en contradicción con el principio de gestión democrática.

8. Especialmente por los arts. L231-1, L231-3 a L231-8 del C. com. y la Ley nº 47-1775 de 10 de septiembre de 1947 y, a las que adopten la forma de sociedad civil se les aplicarán, también, las disposiciones del Tít. IX del Libro III del Código civil (art. L931-10 Código Rural y de pesca marítima).

los arts. 124-1 a 124-16 del C. com., específicamente dispuestos para este tipo de sociedades, y por aquéllas que no contradigan al libro II, título I a IV de la ley nº 47-1775 de 10 de septiembre de 1947.

Las cooperativas de crédito se han calificado como establecimientos de crédito por lo que se someten al Código Monetario y Financiero. Las cooperativas de crédito, por razón de su forma particular son “banques populaires”, “crédit agricole”, “crédit mutuel”, “crédit cooperatif” y cajas de ahorro y previsión. Existe una gran variedad de normas para los bancos cooperativos.

Las sociedades cooperativas agrícolas, son sociedades de naturaleza particular, ni civil ni comercial⁹. Estas cooperativas están reguladas, principalmente, en el Código Rural y de pesca marítima de 1981, concretamente, en el Tít. II del Capítulo V, arts. L521-1 y ss. (parte legislativa) y R521-1 y ss. (parte reglamentaria)¹⁰.

Las sociedades cooperativas de interés colectivo, son sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada de capital variable. Se trata de una nueva forma, regulada en los arts. 19 quinquies a 19 quince de la Ley de 10 de septiembre de 1947.

Hay algunos tipos de sociedad que, al tener los socios la cualidad de comerciante y responsabilidad solidaria e ilimitada, no se compaginan bien con las reglas cooperativas, como ocurre con la sociedad colectiva.

En lo que a auditoría se refiere, la obligación de auditoría dependerá del tipo social adoptado por la cooperativa y, en algunos casos, habrá que atender al régimen específico dispuesto por las normas reguladoras de la sociedad cooperativa. El régimen de auditoría de las cooperativas es el mismo que el del resto de las sociedades con algunas excepciones

1.2. Derecho español

En lo que al Derecho español se refiere, el panorama es completamente diferente y reviste bastante complejidad. Las sociedades cooperativas españolas son

9. GUYON, Y.: *Droit des Affaires*, T. 1, 12.^a ed., Economica editions, París, 2003, p. 222.

10. También se les aplica la Ley nº 78-9 de 4 de enero de 1978, que modificó el Tít. IX del Libro III del Código civil relativo a sociedades, el cual contiene normas generales aplicables a toda sociedad salvo disposición contraria en una ley que regula la forma específica. También está sometida a la Ley nº 47-1775 de 10 de septiembre de 1947, modificada por la Ley nº 92-643 de 13 de julio de 1992. Al ser una sociedad de capital variable, también se le aplican los arts. L231-1 a L231-8 del Código de comercio.

únicamente sociedades cooperativas que no adoptarán, además, otra forma de sociedad civil o mercantil. La sociedad cooperativa es una forma de sociedad propiamente dicha.

El régimen común de las sociedades cooperativas se encuentra en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas a la que también llamaremos Ley estatal sobre cooperativas (Ley Coop.). Sin embargo, existen más leyes sobre cooperativas teniendo en cuenta que la mayor parte de las CCAA, concretamente quince, han aprobado su propia Ley sobre cooperativas¹¹. La Ley estatal se aplicará a las cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal, en cuyo caso se aplicará la ley de cooperativas de la Comunidad Autónoma de que se trate¹². Además, la Ley estatal contiene un régimen supletorio respecto de las Leyes sobre Cooperativas de las Comunidades autónomas (art. 149.3 Constitución). La razón de este régimen compartido se encuentra en que, aunque el art. 129.2 de la Constitución exige que los poderes públicos fomenten las cooperativas mediante la legislación adecuada, los arts. 148 y 149 del mismo texto legal, relativos al reparto de competencias entre el Estado y las CCAA, no hacen referencia alguna a la materia cooperativa por lo que las CCAA asumieron a través de sus Estatutos de Autonomía la competencia exclusiva sobre dicha cuestión¹³. La mayoría de las leyes autonómicas limitan su aplicación a las cooperativas que desarrollan su actividad principal en la Comunidad Autónoma de que se trate. El art. 2.2 del Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas, aprobado por Real Decreto 136/2002, de 1 de febrero, aclara que la actividad cooperativizada se realiza principalmente en el territorio de una determinada Comunidad Autónoma, cuando la actividad realizada en dicho territorio es supe-

11. Críticos con la regulación fragmentada de las cooperativas, GADEA, E., SACRISTÁN, F. y VARGAS VASSEROT, C., en *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI*, Dykinson, 2009, Madrid, p. 62.

12. La Ley de cooperativas estatal también se aplicará a las cooperativas que realicen principalmente su actividad cooperativizada en las ciudades de Ceuta y Melilla (art. 2).

13. BORJABAD GONZALO, P.J.: *Manual de Derecho Cooperativo*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 22; FAJARDO GARCÍA, G.: "Concepto, naturaleza, clases y legislación aplicable a las cooperativas", en *Cooperativas: Régimen jurídico y fiscal*, Coord. Gema Fajardo García, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 26 y 27; MORILLAS JARILLO, M.^a J. y FELIÚ REY, M.I.: *Curso de Cooperativas*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 43.

rior a la realizada en el conjunto de los demás territorios¹⁴. En conclusión, la Ley estatal de cooperativas se aplicará a aquéllas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias CCAA, con excepción de aquellas cooperativas en que la actividad se realice de forma principal en una determinada Comunidad Autónoma. Por ello, puede decirse que la Ley estatal se aplica de forma “residual”¹⁵. La Ley estatal será supletoria del Derecho de las CCAA en virtud del art. 149.3 de la Constitución y completará las lagunas de la regulación en los casos en que sea necesario. Además, existen normas que regulan algunos tipos de cooperativas (cooperativas de crédito y de seguros) tanto estatales como autonómicas y normas que regulan algunos aspectos concretos de las cooperativas como el régimen fiscal.

En cuanto al régimen de auditoría, a las cooperativas españolas se les aplica la misma regulación que al resto de las sociedades excepto, principalmente, en lo que al órgano competente para el nombramiento de auditor se refiere. La asamblea o junta general de socios, órgano soberano de la sociedad, es la encargada de controlar a los administradores pero, debido al alto absentismo de los socios en las asambleas o juntas y su desconocimiento sobre los asuntos de la sociedad, ese control no resulta satisfactorio. Es por ello que en determinadas sociedades debe nombrarse un auditor de cuentas que no va a depender de los administradores y se encargará de verificar las cuentas anuales formuladas por los mismos. La auditoría de cuentas es un control externo que aporta transparencia y credibilidad a las cuentas verificadas al opinar el auditor sobre la fiabilidad de las cuentas presentadas por una entidad¹⁶. Para que la auditoría sea útil y eficaz, el auditor debe ser competente e independiente de la entidad cuyas cuentas verifica¹⁷. Además de ser técnicamente capaz, lo cual deberá demostrar con la apro-

14. Sobre esta cuestión, v. MORILLAS JARILLO, M.^a J.: *Las sociedades cooperativas*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 29 y ss.; MORILLAS JARILLO, M.^a J. y FELIÚ REY, M.I.: *Curso de Cooperativas*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 53 y ss.

15. GADEA, E., SACRISTÁN, F. y VARGAS VASSEROT, C.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 66; MORILLAS JARILLO, M.^a J. y FELIÚ REY, M.I.: *Curso de Cooperativas...*, cit., pp. 58 y 59.

16. SALOMON, F.: “Les commissaires aux comptes et le droit pénal”, *Droit des Sociétés*, núm. 4, 2004, p. 7.

17. CHAPUT, Y.: *Le commissaire aux comptes, partenaire de l'entreprise*, Creda, 1999, París, p. 7; VICENT CHULIA, “Reforma Contable y Derecho Mercantil”, *Revista de Contabilidad*, vol. 7, núm. monográfico 1, Coord. Monterrey Mayoral, J., Santander, 2004, p. 189, opina que la eficacia de las cuentas depende de la eficacia de la auditoría sobre las mismas.

bación de unos exámenes que le acrediten profesionalmente y con una formación continuada a lo largo de su vida profesional, deberá ser independiente respecto de la entidad cuyas cuentas verifica si se desea asegurar su objetividad e imparcialidad en la realización de su trabajo. El trabajo del auditor no sólo interesa a los socios, sino que existen múltiples interesados en el mismo como proveedores y acreedores, trabajadores, entidades de crédito, inversionistas, la Administración pública y el público en general, quienes pueden basarse en unas cuentas auditadas por el auditor para invertir o comprometerse con mayor conocimiento de causa con la entidad auditada. Es por ello que en sociedades en las que confluyen un mayor número de intereses, por dedicarse a una actividad determinada o por tener cierta envergadura, debe nombrarse un auditor para que efectúe dicho control externo de las cuentas.

2. Marco normativo de la auditoría de cuentas

2.1. Derecho francés

A raíz de los grandes escándalos contables y financieros acaecidos tras el año 2000, los países industrializados han reforzado su legislación en materia de seguridad financiera. Así, en Francia se promulgó la Ley de Seguridad Financiera de 1 de agosto de 2003¹⁸. Esta Ley introdujo modificaciones en el estatuto profesional del auditor de cuentas, hoy día recogidas en el Código de comercio francés, y creó el *Haut Conseil du commissariat aux comptes* (H3C) como órgano de supervisión de la profesión auditora, encargado de vigilarla con la colaboración de la *Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes* (CNCC).

Posteriormente, la normativa francesa debió adaptarse a la nueva VIII Directiva 2006/43/CE, de 17 de mayo de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y consolidadas, que derogó la anterior VIII Directiva¹⁹.

18. COURET, A. y TUDEL, M.: "Le nouveau contrôle légal des comptes", *Recueil Dalloz*, núm. 33, 2003, p. 2290.

19. ROBERT, A.: "La huitième directive concernant le contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés", *Revue des sociétés*, núm. 4, 2008, pp. 733 y ss.

Hoy día, la profesión auditora y las condiciones de ejercicio de la profesión se encuentran reguladas, principalmente, en el *Código de comercio* y en el *Código ético de la profesión de auditor de cuentas* previsto en el art. L822-16 de Código de comercio. El Código de comercio está formado por una parte legislativa y otra reglamentaria en desarrollo de la legislativa. En la parte legislativa, la regulación del auditor se encuentra, principalmente, en los arts. L820-1 al L823-20 y en la parte reglamentaria en los arts. R821 a 823. El art. L820-1 del Código de comercio (en adelante C. com.) señala que los preceptos de la parte legislativa relativos a los auditores de cuentas se aplican a los auditores nombrados por cualquier persona o entidad, cualquiera que sea su forma jurídica, y con independencia de la clase de trabajo que deba efectuar. Además, por Orden de 14 de enero de 2009, se creó una tercera parte “*Arrêté*”, formada, entre otras, por normas de ejercicio profesional de los auditores de cuentas que figuran en los arts. A821-1 a A823-37. El *Código ético de la profesión de auditor de cuentas*, aprobado por el Decreto de 16 de noviembre de 2005²⁰, figura en el Anexo 8-1 del Libro VIII de la parte reglamentaria del Código de comercio el cual desarrolla los preceptos anteriores.

Existen, además, las Normas de Ejercicio Profesional (art. 14 del Código ético). El auditor debe realizar su trabajo respetando estas normas de ejercicio profesional que describen los procedimientos que los auditores deben llevar a cabo en sus trabajos. Estas normas de ejercicio profesional serán elaboradas por la CNCC que las transmitirá al Ministro de justicia para que las homologue previo dictamen del H3C (art. L821-1 C. com.). Hoy día, las normas de auditoría provienen de la *International Federation of Accountants* (IFAC), que elabora normas que constituyen un referente internacional, denominadas normas ISA (*International Standards of Auditing*).

Además, el auditor tendrá en cuenta las buenas prácticas profesionales, que serán de aplicación obligatoria, identificadas y publicadas por el *Haut Conseil du commissariat aux comptes*. Este mismo organismo emite su opinión o decide acerca de cuestiones sobre deontología y buenas prácticas profesionales planteadas por cualquier auditor que se lo requiera.

La CNCC publica regularmente textos doctrinales, sin valor normativo, pero importantes por la autoridad de la que provienen.

20. AGUILA, Y.: “Le contrôle juridictionnel du code de déontologie des commissaires aux comptes”, *Revue Française de droit administratif*, núm. 3, 2006, pp. 463 y ss.

2.2. Derecho español

En España, la regulación básica sobre auditoría de cuentas se contiene en el Texto refundido de la Ley de auditoría de cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio (en adelante TRLAC). Dicha norma básica fue desarrollada por el Reglamento aprobado por el Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre (en adelante RLAC). Además, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), contiene importantes normas sobre verificación de cuentas aplicables a las sociedades anónimas, a las sociedades de responsabilidad limitada y a las sociedades en comandita por acciones.

También serán de aplicación las normas técnicas de auditoría, normas de ética y las normas de control de calidad interno de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría (art. 6 TRLAC). Recientemente, las Corporaciones representativas de auditores han traducido al castellano y adaptado al Derecho español las Normas Internacionales de Auditoría (NIA)²¹. Posteriormente, el ICAC las ha homologado, pasando a formar parte del cuerpo de normas técnicas de auditoría aplicables en España.

Por último, a veces, se formulan Consultas al ICAC. Las Consultas son dudas que sobre la aplicación de normas de auditoría y contabilidad se plantean al ICAC y que el ICAC resuelve y publica en el BOICAC o en su página web si se trata de Consultas de interés general (DA 9.ª RLAC).

3. Organización de la profesión

3.1. Derecho francés

En la mayoría de los países, la profesión auditora está controlada por los poderes públicos. En Francia es el *Haut Conseil du commissariat aux comptes* (H3C) la autoridad supervisora de la profesión auditora. Será el H3C quien junto con la CNCC vigila la profesión auditora. El H3C es una autoridad administrativa independiente con personalidad jurídica dependiente del Ministerio de Justicia que tiene como función asegurar la vigilancia de la profesión junto con

21. Emitidas por la *International Auditing and Assurance Board* (IAASB) de la *International Federation of Accountants* (IFAC).

la ayuda de la CNCC. También deberá garantizar el cumplimiento de la ética e independencia de los auditores de cuentas. Para ello, debe promover las buenas prácticas profesionales y emitir su opinión sobre las Normas de ejercicio profesional elaboradas por la CNCC, antes de su aprobación por el Ministerio de justicia (art. L821-1 C. com.).

La *Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes* es una institución de utilidad pública dependiente del Ministerio de Justicia, dotada de personalidad jurídica, que se encarga de representar a la profesión auditora ante los poderes públicos, de contribuir al buen ejercicio de la profesión, su vigilancia y proteger el honor e independencia de sus miembros. Es anterior a la promulgación de la Ley de seguridad financiera. Agrupa a los auditores individuales y sociedades de auditoría inscritos en la lista de auditores (art. R821-28 C. com.). Se encarga de redactar las normas de ejercicio profesional antes de someterlas al dictamen del H3C y de que sean homologadas por el Ministro de justicia, previa su publicación en el Diario Oficial (art. L821-6 C. com.).

Además, existen las *Compagnies Régionales des commissaires aux comptes* (CRCC). Se trata de Compañías con personalidad jurídica en cada jurisdicción de apelación. Hoy día, existen 33 y agrupan a todos los auditores de cuentas y sociedades de auditoría inscritos en cada circunscripción (art. L821-6 C. com.). Estas Compañías Regionales, representan a la profesión auditora en el ámbito local en relación con la CNCC. El hecho de que pertenezcan a una Compañía Regional no implica que se limite su ámbito de actuación ya que podrán actuar en todo el territorio²².

La Compañía Nacional y las Compañías Regionales, en el límite de sus respectivas competencias, colaboran y se encargan del buen ejercicio profesional de sus miembros. Para ello, tienen como funciones (art. R.821-30 C. com.): a) Representar a la profesión auditora y defender sus intereses; b) Contribuir a la formación profesional de sus miembros así como a la formación de aspirantes a auditor de cuentas; c) Implementar los controles periódicos de la actividad profesional de los auditores de cuentas, de acuerdo con las orientaciones, el marco y modalidades definidas por el H3C.

22. RIPERT, G. y ROBLOT, R.: *Traité de Droit Commercial...*, cit., p. 477; GERMAIN, M. y MAGNIER, V. (Ripert, G. y Roblot, R.): *Traité de droit des affaires...*, cit., p. 539.

3.2. Derecho español

En España es el Instituto de Contabilidad y Auditoría de cuentas (ICAC) el máximo organismo administrativo en materia de contabilidad y auditoría de cuentas. Es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda. Además de encargarse de la homologación de cursos de formación y de la gestión del Registro Oficial de Auditores de Cuentas (ROAC), del control de la fianza que deben poner los auditores, del control de la actividad de auditoría y del ejercicio de la potestad sancionadora, se encarga de velar por la independencia del auditor en general y de valorar la posible falta de independencia en cada trabajo (art. 12.2 TRLAC).

Además, existen dos Corporaciones representativas de auditores de cuentas: el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España (ICJCE) y el REA+REGA Auditores del Consejo General de Economistas, fruto de la reciente unificación de los Consejos de Economistas y Titulares Mercantiles. El TRLAC exige a los auditores pertenecer al ICAC mediante la obligatoria inscripción en el ROAC. Sin embargo, permite que los auditores puedan ejercer su actividad sin pertenecer a organización profesional alguna. Cabe la posibilidad de que los auditores de cuentas o las sociedades de auditoría pertenezcan simultáneamente a más de una corporación. Además de elaborar las Normas técnicas de auditoría (adaptar las NIA), normas de ética y de control de calidad interno, que posteriormente deberán ser publicadas por el ICAC, realizan los exámenes de aptitud profesional de forma conjunta, organizan e imparten los cursos de formación teórica una vez homologados por el ICAC, formación continuada, elaboran las normas deontológicas y códigos de conducta a seguir por sus miembros, verifican si sus miembros observan las prácticas y procedimientos de actuación e, incluso, imponen sanciones disciplinarias.

4. Sociedades obligadas a someter sus cuentas a auditoría

4.1. Derecho francés

En Francia las *sociedades anónimas* (art. L225-218 C. com.) y las *sociedades comanditarias por acciones* (art. L226-6 C. com.), por su forma, están obligadas a nombrar auditor de cuentas independientemente de su dimensión. Las sociedades anónimas, deberán nombrar uno o más auditores a través de la junta general a propuesta del consejo de administración o del consejo de vigilancia. En las socie-

dades en comandita por acciones, a las cuales se les aplican las normas relativas a las sociedades anónimas (salvo los arts. L225-17 a L225-93 del C. com.), los auditores serán nombrados por la asamblea general ordinaria (art. L226-6 C. Com.).

Sin embargo, otro tipo de sociedades estarán obligadas a nombrar auditor si superan determinadas dimensiones.

En las *sociedades por acciones simplificadas*, deberá nombrarse auditor: a) Si al cierre del ejercicio, superan dos de los tres requisitos siguientes: - Total de la cifra de negocios antes de impuestos: 2.000.000 euros; - Total del balance: 1.000.000 euros; - Número medio de trabajadores permanentes: 20. El nombramiento se efectúa en el ejercicio siguiente al que se cumplen los requisitos; b) Cuando las sociedades por acciones simplificadas controlen o sean controladas por una o más sociedades en el sentido del art. L233-16 del C. com., cualquiera que sea la forma o nacionalidad de las sociedades afectadas. El nombramiento se efectúa para el ejercicio en que se produjo la situación de control; c) Aunque la sociedad no esté obligada a ser auditada por no cumplirse las condiciones descritas, se nombrará auditor judicialmente a petición de uno o más socios titulares del 10 por ciento del capital (arts. L227-9-1 y R227-1 C. com.).

En las *sociedades de responsabilidad limitada*, deberá nombrarse auditor obligatoriamente (art. L223-35 C. com.) en los siguientes supuestos: a) Sociedades que superen al cierre de un ejercicio dos de los siguientes requisitos: - Total de la cifra de negocios antes de impuestos: 3.100.000 euros; - Total del Balance: 1.550.000 euros; - El número medio de empleados permanentes: 50; b) Aunque no se superen dichos umbrales, se nombrará judicialmente auditor a petición de un socio o socios que representen el 10 por ciento del capital.

Las *sociedades en nombre colectivo* deberán nombrar auditor cuando superen los mismos umbrales descritos para las sociedades de responsabilidad limitada. El nombramiento judicial podrá ser solicitado por cualquier socio sin tener en cuenta su participación en el capital (arts. L221-9 y R221-5 C. com.).

A las *sociedades comanditarias simples* se les aplican las normas de la sociedad colectiva (arts. L222-2 y R222-1 C. com.).

Las *sociedades civiles* deberán nombrar auditor cuando superen los mismos umbrales descritos para las sociedades de responsabilidad limitada.

Las *cooperativas agrícolas*, que constituyen una categoría específica de sociedad, y no son sociedades civiles ni mercantiles, deberán nombrar, al menos, un auditor y un suplente cuando al cierre del ejercicio se superen dos de las siguientes cifras

fijadas en el art. R524-22-1 del Código Rural y pesca marítima: a) 10 empleados con un contrato de duración indefinida; b) 534.000 euros de cifra de negocios antes de impuestos; c) 267.000 euros el total del balance.

A las *cooperativas de crédito*, como al resto de los establecimientos financieros, les son de aplicación los arts. L511-38 y 511-39 del Código Monetario y Financiero que exigen que sean controladas por, al menos, dos auditores de cuentas, en las condiciones fijadas en el Libro VIII del Código de comercio. Dichos auditores no deben pertenecer a empresas con vínculos entre las mismas de tipo jurídico, profesional, de capital o de organización. Sin embargo, cuando el balance sea inferior a la cifra fijada por la Autoridad de normas contables, previo dictamen del Comité consultivo de la normativa financiera, la verificación podrá ser realizada por un solo auditor. Cuando esta condición se cumple y el establecimiento se somete a las reglas de la contabilidad pública o a un régimen específico de aprobación de sus cuentas presentando garantías suficientes a juicio de la Autoridad de control que proceda, ésta puede decidir suprimir la obligación de auditoría. Ello no será de aplicación cuando deban presentarse cuentas consolidadas.

Aunque una sociedad no esté obligada a someter sus cuentas a auditoría, los estatutos o los socios en asamblea pueden obligar a que se nombre auditor, al no existir una norma que impida a las entidades no obligadas a ser auditadas a nombrar voluntariamente auditor²³. El auditor nombrado voluntariamente debe cumplir las mismas exigencias que el nombrado obligatoriamente.

4.2. Derecho español

El art. 62 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, señala que la asamblea general de la sociedad cooperativa estará obligada a nombrar auditor cuando así lo dispongan la Ley de auditoría de cuentas y sus normas de desarrollo o lo establezcan los estatutos o lo acuerde la asamblea general. El contenido de esta norma también se recoge en las legislaciones autonómicas sobre cooperativas, por lo que aquellas cooperativas a las que se aplica su respectiva Ley autonómica deberán someter sus cuentas a auditoría si se encuentran en

23. HOVASSE, H.: "Comptes sociaux et liberté contractuelle", *Droit des Sociétés*, núm.3, 2004, pp. 8 y 9.

alguno de los supuestos descritos²⁴. Es por ello que toda sociedad cooperativa incura en alguno de los supuestos establecidos en la DA 1.ª del TRLAC deberá nombrar auditor de cuentas para que verifique sus cuentas anuales. La Disposición Adicional 1.ª del TRLAC señala un listado mínimo de entidades que tienen que someter sus cuentas a auditoría.

Dichas entidades son las siguientes:

a) Aquellas que emitan valores admitidos a negociación en mercados regulados o sistemas multilaterales de negociación; b) Que emitan obligaciones en oferta pública; c) Que se dediquen de forma habitual a la intermediación financiera, y, en todo caso, las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las sociedades rectoras de los mercados secundarios oficiales, las entidades rectoras de los sistemas multilaterales de negociación, la Sociedad de Sistemas, las entidades de contrapartida central, la Sociedad de Bolsas, las sociedades gestoras de los fondos de garantía de inversiones y las demás entidades financieras, incluidas las instituciones de inversión colectiva, fondos de titulización y sus gestoras, inscritas en los correspondientes Registros del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; d) Que tengan por objeto social cualquier actividad sujeta al texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, dentro de los límites que reglamentariamente se establezcan, así como los Fondos de pensiones y sus entidades gestoras; e) Que reciban subvenciones, ayudas o realicen obras, prestaciones, servicios o suministren bienes al Estado y demás Organismos Públicos dentro de los límites que reglamentariamente fije el Gobierno por Real

24. Art. 72.1 de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi; art. 52 de la Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas de Cataluña; art. 50 Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana; art. 67 de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid; art. 73 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas; art. 55 de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia; art. 84 de la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de sociedades Cooperativas de la Región de Murcia; art. 45 de la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura; art. 80 de la Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja; art. 78 de la Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León; art. 96 de la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha; art. 104 de la Ley del Principado de Asturias 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas; arts. 44.3 y 49.4 de la Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra; art. 56.4 de la Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón; art. 87 de la Ley 1/2003, de 20 de marzo, de cooperativas de Illes Balears.

Decreto²⁵; f) Las demás entidades que superen los límites que reglamentariamente fije el Gobierno por Real Decreto que se referirán a la cifra de negocios, al importe total del activo según balance y al número anual medio de empleados.

Este último supuesto f) se desarrolla en la Disposición Adicional 1.^a del RLAC, relativo a la auditoría de entidades por razón de su tamaño, el cual señala que deberá someter sus cuentas a auditoría toda cooperativa *obligada a formular cuentas anuales según el modelo ordinario* por no poder presentar balance abreviado según los parámetros dispuestos en el art. 257 de la LSC. Recientemente, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, ha modificado el art. 257.1 de la Ley de Sociedades de Capital elevando los umbrales que no deben superarse para poder formular balance abreviado²⁶ lo cual tendrá como efecto que más empresas puedan optar por formular un balance abreviado. Ahora bien, esa misma Ley también ha modificado el art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital según el cual las cuentas anuales y el informe de gestión de las sociedades deben ser revisados por un auditor de cuentas excepto cuando “durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) Que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros; b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros; c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta”. Antes de la modificación, este último precepto señalaba que quedaban exceptuados de la obligación de someter sus cuentas a auditoría aquellas sociedades que podían formular balance abreviado. A partir de la modificación legal, sin embargo, la excepción de auditoría no estará ligada a la posibilidad de formular balance abreviado sino a las

25. La Disposición Adicional 3.^a del RLAC señala que deberán auditarse las sociedades cooperativas que durante un ejercicio hayan celebrado con la Administración Pública contratos previstos en el art. 2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuya cuantía total exceda los 600.000 euros siempre que dicho importe supere el 50 por ciento de su cifra anual de negocios.

26. Se ha tratado de acercar la legislación española a las cifras de la Directiva europea. Según la nueva redacción del art. 257.1 LSC, podrán formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) Que el total de las partidas del activo no supere los cuatro millones de euros; b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los ocho millones de euros; c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

cifras dispuestas en el art. 263 de la LSC que acabamos de señalar. Así, hoy día, habrá sociedades que podrán formular balance abreviado pero tendrán que someter sus cuentas a auditoría. En el caso de las sociedades cooperativas, la obligación de auditoría por razón de su tamaño tiene su origen en la DA 1.^a f) del TRLAC que remite a la DA 1.^a del RLAC el cual no ha sido modificado por la Ley 14/2013 y sigue haciendo depender la obligación de auditoría del hecho de poder formular o no balance abreviado. Así, podría ocurrir que una cooperativa no tuviera obligación de nombrar auditor por no superar los umbrales cuánticos fijados en el art. 257.1 de la LSC y una sociedad de capital con la misma o, incluso, inferior dimensión que la cooperativa tuviera que nombrar auditor. El legislador sólo se ha ocupado de mantener los mismos umbrales cuánticos de los que depende la obligación de auditoría para las sociedades de capital olvidándose de las sociedades cooperativas que seguirán con la regulación anterior que hacía depender la obligación de auditoría de la posibilidad o no de formular balance abreviado, siendo la cifras actuales mucho más elevadas que las anteriores. No ha habido diferencias hasta ahora por lo que no entendemos el motivo por el cual a las cooperativas deban aplicarse unas cifras muy superiores, como las dispuestas para tener que formular un balance ordinario, como determinante de la obligación de auditoría.

Por lo tanto, existen cooperativas que, por su dimensión deben someter sus cuentas a auditoría. Además, algunas cooperativas son entidades de crédito (art. 104 Ley Coop.), muchas reciben subvenciones²⁷, pueden tener por objeto cualquier actividad sujeta al texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de seguros privados (art. 101 Ley Coop.), pueden emitir valores admitidos a negociación en mercados regulados y pueden emitir obligaciones (arts. 21.2 e) y 107 de la Ley Coop.).

Sin embargo, algunas de las circunstancias señaladas en la DA 1.^a del TRLAC no pueden tener lugar en una cooperativa. Así, las sociedades cooperativas no pueden ser empresas que ofrezcan servicios de inversión. Otra cosa es que como cooperativa de crédito sí realice todos los servicios propios de una empresa de servicios de inversión. Tampoco serán sociedades rectoras de mercados secunda-

27. La sociedad cooperativa deberá haber recibido de la Administración pública o de la UE más de 600.000 euros, debiendo auditarse tanto el ejercicio en el que se recibió la subvención como aquellos ejercicios en los que se aplique el dinero recibido (Disposición Adicional 2.^a RLAC).

rios oficiales, ni entidades rectoras de sistemas multilaterales de negociación, sociedad de sistemas, entidades de contrapartida central, sociedad de bolsas ni sociedades gestoras de fondos de garantía de inversiones, ya que todas estas deberán ser sociedades anónimas (arts. 67.2 b), 31 bis), 118, 44 bis), 44 ter y 77.2 LMV). Tampoco podrán ser instituciones de inversión colectiva. Las instituciones de inversión colectiva pueden revestir dos modalidades. En su modalidad de fondo de inversión, constituyen un patrimonio, sin personalidad jurídica, formado por las aportaciones de los socios. Al no tener personalidad jurídica requieren de los servicios de una sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva y de una entidad depositaria. Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva son sociedades anónimas (art. 40.1 Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva). Sin embargo, las entidades depositarias sí pueden ser cooperativas de crédito. Las instituciones de inversión colectiva, en su modalidad de sociedad de inversión, deben ser sociedades anónimas (art. 32 Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva). Las sociedades gestoras de fondos de titulización también son sociedades anónimas (art. 14 Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización) al igual que las sociedades gestoras de fondos de pensiones (art. 20 Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones).

Algunas clases de cooperativas tienen que auditarse en virtud de sus propias leyes cooperativas. Las Cooperativas de viviendas tienen un régimen específico en cuanto al deber de someter sus cuentas a auditoría previsto en el art. 91 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. También las legislaciones autonómicas sobre cooperativas prevén la obligación de someter a auditoría las cuentas de las cooperativas de viviendas en determinadas condiciones²⁸. La Ley 13/1989, de 26 de mayo de cooperativas de crédito, señala que las cuentas de las cooperativas de crédito deberán ser auditadas en las condiciones fijadas por la legislación de auditoría (art. 11). En el mismo sentido se pronuncia el art. 37.4 del Real Decreto 84/1993, de 22 de enero que aprueba el Reglamento de desarrollo de la

28. Art. 117 LC Euskadi; art. 111 LC Cataluña; art. 91 LC Valencia; art. 116 LC Madrid; art. 98 LC Andaluzas; art. 123 LC Galicia; art. 137 LC Extremadura; art. 122 LC La Rioja; art. 120 LC Castilla y León; art. 140 LC Castilla-La Mancha; art. 85 LC Aragón; art. 157 Asturias; art. 118 LC Islas Baleares; art. 114 LC Murcia.

Ley de cooperativas de crédito. En cuanto a las entidades aseguradoras, el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados señala que sus cuentas anuales individuales y consolidadas deben someterse a la revisión de un auditor (art. 68.1).

Las cooperativas con alguna sección también estarán obligadas a auditar sus cuentas²⁹. Algunas leyes autonómicas prevén que se auditen las cooperativas con sección de crédito³⁰, las cooperativas de segundo grado (art. 52 LC Cataluña) y las cooperativas especiales en los supuestos previstos en la legislación sobre auditoría, en los estatutos o lo acuerde la asamblea general³¹.

Además, toda cooperativa deberá someter sus cuentas a auditoría cuando lo prevean los estatutos o lo acuerde la asamblea general. Así lo prevén la ley estatal (art. 62.1 Ley Coop.) y también todas las leyes autonómicas. En las sociedades cooperativas que no tengan obligación de nombrar auditor, la asamblea general podrá nombrar auditor.

Las leyes autonómicas sobre cooperativas facultan a las minorías de socios para solicitar la auditoría pero exigen porcentajes diferentes. Así, podrá efectuar la solicitud de auditoría una minoría de socios suficiente para exigir la convocatoria de la asamblea general³², el 15 por ciento de los votos (art. 52 LC Cataluña; art. 55 LC Galicia), el 15 por ciento de los socios que lo soliciten al consejo rector (art. 44.3 LC Navarra), el 20 por ciento de los socios en cooperativas con más de 10 socios (art. 73.1 c) LC Andaluzas), el número de socios determinado por los estatutos que se lo soliciten al consejo rector (art. 45.4 LC Extremadura), un tercio de los socios que lo soliciten al consejo rector (art. 80.1 LC La Rioja) o a petición de la mayoría de socios (art. 56 LC Aragón).

29. Art. 5.5 de la Ley Coop.; art. 6.3 LC Euskadi; art. 6.5 LC Madrid; art. 73.1 d) LC Andaluzas; art. 9.6 LC Galicia; art. 112.4 LC Extremadura; art. 7.6 LC La Rioja; art. 9.1 LC Castilla-La Mancha; art. 6.4 LC Asturias; art. 7.10 LC Murcia.

30. Art. 50.1b) LC Valencia; art. 10.2 LC Galicia; art. 6.5 LC Castilla y León; art. 6 bis LC Aragón; art. 7.6 Islas Baleares; art. 6.3 LC Euskadi.

31. Art. 12 Ley 8/2006, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas especiales de Extremadura.

32. Art. 72.1b LC Euskadi; art. 67.1 c) LC Cataluña; art. 87.2 LC Islas Baleares, solicitud que se dirigirá al consejo rector; art. 96.1 c) LC Castilla-La Mancha, siempre que no hubieran transcurrido 3 meses desde el cierre del ejercicio.

Tanto la Ley de cooperativas estatal como todas las leyes autonómicas sobre cooperativas prevén la posibilidad de que otros órganos obliguen a someter las cuentas de la cooperativa a auditoría. Así, la Comisión de vigilancia (art. 72 LC Euskadi), el consejo rector³³ o los administradores³⁴, la comisión de control de la gestión (art. 50.1 d) LC Valencia), interventores (67.1 b) LC Madrid; art. 80.1 LC La Rioja), y cualquier instancia legitimada por los estatutos (art. 96.1 b) LC Castilla-La Mancha).

En caso de que la sociedad cooperativa no esté obligada a someter sus cuentas a auditoría, la Ley de cooperativas estatal prevé que el cinco por ciento de los socios podrá solicitar del Registro de Sociedades Cooperativas que nombre un auditor de cuentas para que audite las cuentas anuales de un determinado ejercicio. El Registro nombrará auditor siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio y los honorarios que deben pagarse al auditor serán con cargo a la cooperativa auditada (art. 62 Ley Coop.). En cuanto a las leyes autonómicas, serán el 10 por ciento de los socios o 50 de ellos quienes deben solicitarlo al Registro de cooperativas en tres meses desde el cierre del ejercicio (art. 50.1 c) LC Valencia)³⁵, el cinco por ciento de los socios siempre que no hubieran transcurrido tres meses desde el cierre del ejercicio (art. 84.2 LC Murcia), el 10 por ciento de los socios o dos socios en las cooperativas de menos de diez socios siempre que no hubieran transcurrido tres meses desde el cierre del ejercicio (art. 78 LC Castilla y León), el cinco por ciento de los socios en las cooperativas de más de quince socios y el 25 por ciento en las de quince o menos socios siempre que no hubieran transcurrido tres meses desde el cierre del ejercicio (art. 104.2 LC Asturias).

También estará la sociedad obligada a someter sus cuentas a auditoría cuando así lo acuerde el juzgado competente tras atender la solicitud fundada de aquella persona que acredite tener un interés legítimo (art. 40 C. com.).

33. Art. 52 LC Cataluña; art. 45 LC Extremadura; art. 80.1 LC La Rioja.

34. Art. 50.1 d) LC Valencia; art. 67.1 b) LC Madrid; art. 55 LC Galicia; art. 96.1 b) LC Castilla-La Mancha.

35. El art. 73.3 de la LC Andaluzas prevé el nombramiento de auditor por el Registro de Cooperativas en los supuestos previstos en el Reglamento que desarrolle la Ley.

5. Nombramiento y aceptación del auditor

5.1. Derecho francés

Los auditores de cuentas son nombrados por la asamblea general ordinaria o por el órgano equivalente. Es lógico que el auditor sea nombrado por los socios ya que ellos son los principales beneficiados del trabajo de aquél³⁶. Además, se nombrarán tantos suplentes como auditores titulares se hayan nombrado (art. L823-1 C. com.). Las sociedades obligadas a someter sus cuentas a auditoría deben nombrar, al menos, un auditor de cuentas. Sin embargo, las sociedades obligadas a presentar cuentas consolidadas³⁷ deberán nombrar, al menos, dos auditores titulares y suplentes (arts. L823-2 C. com.). Estos auditores deberán pertenecer a distintos despachos sin vínculos financieros ni directivos comunes y no deben pertenecer a la misma red (art. 17 Código ético). Excepcionalmente, el nombramiento de los primeros auditores se efectuará en los estatutos de la sociedad cooperativa con forma de anónima (art. L225-16 C. com.).

La auditoría puede ser ejercida por auditores personas físicas que actuarán en nombre propio o por sociedades de auditoría cualquiera que sea su forma (art. L822-9 C. com.). Sin embargo, los auditores no podrán tener la cualidad de comerciante al estarles prohibido el ejercicio de cualquier actividad comercial, sea ejercida directamente o por medio de intermediarios (art. L822-10 C. com.). Es por ello que una sociedad de auditoría no podrá adoptar la forma de sociedad en nombre colectivo por tener sus socios la cualidad de comerciante (art. L221-1 C. com.) ni de sociedad en comandita simple por tener sus socios la condición de los socios de la sociedad en nombre colectivo (art. L222-1 C. com.)³⁸.

Si la asamblea u órgano competente no nombra auditor, cualquier miembro de la asamblea o del órgano competente podrá solicitar judicialmente la designación de un auditor de cuentas, habiéndose citado debidamente al representante legal de la sociedad. El auditor así nombrado se mantendrá hasta que la asamblea proceda al nombramiento regular de auditor (art. L823-4 C. com.). El

36. GUYON, Y.: *Droit des Affaires...*, cit., p. 394.

37. Según el art. L233-16 del C. com., deben publicarse cuentas consolidadas cuando se controlan de forma exclusiva o conjunta una o más empresas o si tienen influencia significativa sobre los mismos.

38. LEJEUNE G. y EMMERICH, J. P.: *Réglementation professionnelle et déontologie de l'expert-comptable et du commissaire aux comptes*, Gualino Lextenso editions, París, 2012, p. 127.

nombramiento judicial será posible, también, cuando el auditor regularmente designado no pueda cumplir con sus funciones y no haya sido nombrado un suplente³⁹.

Los suplentes sustituirán a los titulares en caso de rechazo, impedimento, dimisión o defunción. Con el fin de evitar otra asamblea general para nombrar a quien sustituya al auditor que se encuentra en alguna de dichas situaciones es por lo que se nombra al suplente junto con el auditor titular. En caso de tener que reemplazar al auditor titular, el suplente ejercerá sus funciones por el tiempo que restaba al auditor titular. Por ello, las funciones del auditor suplente llamado a sustituir al titular cesarán en la fecha en que expire el mandato del titular siempre que el impedimento no tuviera carácter temporal. En este último caso, una vez cesado el impedimento, el titular retomará sus funciones tras la aprobación de las cuentas por la asamblea general o por la autoridad competente (art. L823-1 C. com.). Al haber pasado el suplente a ser titular, la sociedad deberá nombrar otro suplente en asamblea. El suplente que entra en funciones estará sujeto a las mismas obligaciones que el auditor al que sustituye.

5.2. Derecho español

En todas las leyes cooperativas, estatal y autonómicas, en principio, corresponde a la asamblea general⁴⁰ de la sociedad cooperativa nombrar al auditor de cuentas antes de que finalice el ejercicio a auditar.

Sin embargo, también hay otros órganos e instituciones que pueden intervenir en el nombramiento de auditor. Así, según la Ley 27/1999, de 16 de julio de cooperativas, cuando la asamblea general no hubiera nombrado en plazo a los auditores, o en el supuesto de falta de aceptación, renuncia o al auditor le resultara imposible llevar a cabo su trabajo (enfermedad o fallecimiento del auditor persona física y extinción de la sociedad de auditoría, incompatibilidad), el Consejo Rector y las personas legitimadas para solicitar la auditoría podrán pedir al Registro de Cooperativas que nombre un auditor para que efectúe la auditoría

39. RIPERT, G. y ROBLLOT, R.: *Traité de Droit Commercial...*, cit., p. 482; GERMAIN, M. y MAGNIER, V. (Ripert, G. y Roblot, R.): *Traité de droit des affaires...*, cit., p. 542.

40. MORILLAS JARILLO, M.ª J. y FELIÚ REY, M.I.: *Curso de Cooperativas...*, cit., p. 482, opina que la escritura de constitución debería poder contener el nombramiento del primer auditor, que sería por unanimidad.

de las cuentas anuales de un determinado ejercicio (art. 62.3 Ley Coop). No es así en algunas leyes autonómicas sobre cooperativas, entre las cuales hay algunas que prevén que, a falta de auditor nombrado por la asamblea general (por no haberlo nombrado o porque el auditor no pueda cumplir sus funciones), los administradores podrán proceder a nombrar al auditor dando cuenta a la primera asamblea general (art. 72.2 LC Euskadi; art. 55 LC Galicia; art. 80.2 LC La Rioja). No parece adecuado, que el órgano de administración que resulta controlado por el auditor se encargue de nombrar al auditor que le controla. En otros casos, a falta de auditor nombrado por la asamblea, los administradores o las personas legitimadas para solicitar la auditoría podrán pedir al Registro de cooperativas que proponga al Departamento competente el nombramiento de un auditor (art. 67.2 LC Madrid). La Leyes murciana, asturiana y castellanas, que son similares, prevén que el consejo rector o las personas legitimadas soliciten al Registro de cooperativas que nombre auditor (art. 84.3 LC Murcia; art. 78.3 LC Castilla y León; art. 96.2 LC Castilla-La Mancha; art. 104.3 LC Asturias). La Ley andaluza, tras señalar que es la asamblea general la competente para nombrar auditor, señala que también es competente el órgano de administración en los casos y plazos que reglamentariamente se establezcan (art. 73.2). La Ley de cooperativas de Extremadura, sin embargo, faculta al juez de primera instancia del domicilio de la cooperativa para nombrar auditor previa solicitud del consejo rector, de los interventores o de cualquier socio (art. 45.2 LC Extremadura).

6. Falta de nombramiento de auditor en las sociedades obligadas a someter sus cuentas a auditoría

6.1. Derecho francés

Serán nulos todos los acuerdos adoptados en la asamblea celebrada sin que se haya nombrado auditor habiendo debido hacerlo y los tomados teniendo en cuenta el informe de auditoría de un auditor que fue nombrado a pesar de no estar inscrito como auditor o estar incurso en una incompatibilidad⁴¹. Sin

41. GUYON, Y.: *Droit des Affaires...*, cit., p. 395, señala que, en realidad, la nulidad se aplica sólo a los acuerdos que requieran un informe del auditor, es decir, acuerdos con un objeto contable o financiero.

embargo, la acción de nulidad se extinguirá si las deliberaciones irregulares son expresamente confirmadas por una asamblea general con el informe del auditor de cuentas regularmente nombrado (art. L820-3-1 C. com.).

Además, existen otro tipo de sanciones. Así, los directivos que no promovieron ni convocaron la asamblea para el nombramiento incurrir en una pena de dos años de prisión y una multa de 30.000 euros. Serán castigados con una pena de cinco años de prisión y una multa de 75.000 euros aquellos directivos de una entidad que, habiendo nombrado auditor, obstaculizaran las comprobaciones de los auditores o les denegaran documentación que necesitan para realizar su trabajo, especialmente, todo contrato, libro, documentos contables y registros, etc (art. L820-4 C. com.).

6.2. Derecho español

Aunque el legislador español no ha previsto en el régimen general de auditoría ninguna norma que sancione a las sociedades que incumplan la obligación de someter sus cuentas a auditoría, se entiende que, al ser la auditoría una obligación dispuesta por una norma imperativa, su incumplimiento dará lugar a la nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales, por ser dicho acuerdo contrario a la Ley. Sin embargo, la Ley de cooperativas gallega sí declara nulo el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales sin informe de auditoría (art. 54.1 a). La jurisprudencia ha declarado la nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales cuando el auditor deniega su opinión, por las limitaciones al alcance puestas por la sociedad auditada al trabajo del auditor, aun incluso cuando la limitación afecte sólo a algún documento integrante de las cuentas anuales⁴².

Otras leyes autonómicas sobre cooperativas también han dispuesto consecuencias al incumplimiento de la obligación de someter las cuentas a auditoría. Así algunas leyes lo han calificado como infracción muy grave⁴³ y, otras, como

42. Las sentencias del Tribunal Supremo asemejan la denegación de opinión del auditor a la falta de auditoría sobre información básica acerca de la cual debe votarse en junta, al faltar en el informe de auditoría el contenido fundamental que debe tener un informe de este tipo. En este sentido, la STS de 11 de noviembre de 1998 a la que hacen referencia las SSTs de 17 de mayo de 2000 y 5 de octubre de 2011, según las cuales la denegación de opinión se equipara a la falta de auditoría ya que puede ocultar una auditoría negativa.

43. Art. 139.3 LC Euskadi; art. 135.3 LC Cataluña; art. 117.4 LC Valencia; art. 139 LC Galicia; art. 174 LC Extremadura; art. 160.5 Castilla-La Mancha; art. 147.4 LC Islas Baleares.

grave⁴⁴. Se impondrá una multa a la cooperativa que ha incumplido su deber de someter las cuentas a auditoría. Las cuantías de la multa se señalan en cada una de las Leyes cooperativas. Algunas incluyen como sanción la descalificación de la sociedad cooperativa si se cumplen determinadas circunstancias⁴⁵, alguna otra la prohibición de obtener ayudas, bonificaciones o subvenciones de carácter público durante un tiempo (art. 94.9 LC Aragón) y, por último, el cierre del Registro a cualquier otro asiento (art. 136.6 LC Cataluña, por no depositar el informe de auditoría).

7. La independencia y las incompatibilidades

La independencia es el eje central de la auditoría de cuentas⁴⁶. La independencia del auditor está regulada en el art. 22 de la VIII Directiva. Este precepto no establece un concepto de independencia pero exige a los Estados miembros, con el fin de asegurar que el auditor sea independiente respecto de la entidad auditada, que aquél no participe en las decisiones internas de su cliente y rechace un encargo de auditoría «si existe alguna relación financiera, comercial, laboral o de otro tipo entre el auditor y la entidad auditada», que pueda hacer pensar a un tercero objetivo y debidamente informado, que el auditor no es independiente. Los auditores deberán aplicar las salvaguardas apropiadas para debilitar las posibles amenazas que pudieran perjudicar a su independencia como la «autorrevisión, interés propio, abogacía, familiaridad, confianza o intimidación», debiendo, incluso, abstenerse de efectuar el encargo de auditoría si dichas amenazas no pudieran mitigarse con las salvaguardas aplicadas quedando afectada la independencia. No se establece un régimen de incompatibilidades siendo los Estados miembros quienes deben hacerlo. Las amenazas relevantes para su independencia y las salvaguardas que ha aplicado para debilitarlas debe recogerlas el auditor en

44. Art. 133.4 LC Madrid; 123.3 LC Andaluzas; art. 140 LC La Rioja; art. 137.2 LC Castilla y León; art. 94.5 LC Aragón; art. 205.2 LC Asturias; art. 139.3 LC Murcia.

45. Art. 141 LC Euskadi; art. 138.1 LC Cataluña; art. 118.1 LC Valencia; art. 141.1 LC Galicia; art. 180.1 LC Extremadura; art. 162.1 LC Castilla-La Mancha; art. 149.2 LC Islas Baleares; art. 126 LC Andaluzas; art. 95.1 LC Aragón.

46. ARANA GONDRA, F. J.: *Ley de Auditoría de Cuentas. Comentarios a la legislación mercantil*, Dir. Sánchez Calero, F., Edersa, Madrid, 1995, p. 313; PACHECO CANETE, M.: *Régimen legal de la auditoría de cuentas y responsabilidad de los auditores*, Consejo Económico y social, Madrid, 2000, p. 271.

sus papeles de trabajo (art. 22.3). En la actualidad se distingue entre dos sistemas para regular la independencia. Por una parte, un sistema por principios y, por otra, un sistema basado en reglas. En el sistema por principios, en primer lugar, se establecen los principios o fundamentos básicos y, en segundo lugar, se determinan las posibles amenazas a dichos fundamentos y las medidas de salvaguarda para protegerlos. En este sistema, el auditor tras examinar las circunstancias, decidirá si acepta el encargo o lo rechaza. En el sistema basado en reglas, se establece un listado más o menos detallado de incompatibilidades por considerarse que dichas circunstancias son contrarias a la independencia por lo que el auditor no deberá incurrir en las mismas en el ejercicio de su actividad, debiendo rechazar el encargo en todo caso⁴⁷. A pesar de que la Directiva se inclinó por un planteamiento basado en principios, tanto en Francia como en España el sistema es híbrido. Por ello, el auditor, a pesar de no estar incurso en incompatibilidad alguna, deberá examinar las circunstancias del encargo y reconocer las amenazas que pueden afectar negativamente a su independencia, pensar en las salvaguardas adecuadas para resolver dichas amenazas, reduciéndolas o eliminándolas, debiendo, finalmente, aceptar o rechazar el encargo de auditoría de cuentas⁴⁸.

7.1. Derecho francés

La independencia del auditor es importante porque, si no lo es, los usuarios del informe de auditoría no podrán fiarse del mismo al no gozar la opinión del auditor de credibilidad alguna. Tal y como indica el Código ético de la profesión de auditor de cuentas, “la independencia del auditor de cuentas se caracteriza, principalmente, por el ejercicio con total libertad, tanto de hecho como en apariencia, de las facultades y competencias que se le han conferido por la ley” (art. 5). Para asegurar su independencia, el auditor debe evitar toda situación de conflicto de intereses (art. 6)⁴⁹.

47. YÁNEZ LÓPEZ, J. C., VILLANUEVA VILLAR, M. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.^a T.: “La independencia del auditor en la nueva Ley”, *Partida Doble*, núm. 220, 2010, p. 15; GONZALO ANGULO, J. A. y CASTELLANOS RUFO, E.: “La reforma de 2010 en la Ley de Auditoría de Cuentas”, *Partida Doble*, núm. 224, 2010, p. 28.

48. GONZALO ANGULO, J. A. y CASTELLANOS RUFO, E.: “La reforma de 2010...”, *cit.*, p. 29.

49. CUIF, P.F.: “Le conflit d’intérêts: essai sur la détermination d’un principe juridique en droit privé”, *Revue Trimestrelle de droit commercial et droit économique*, núm. 1, 2005, núm. 1, 2005, pp. 1 y ss.

Con el fin de asegurar la independencia e imparcialidad del auditor, tanto de hecho como en apariencia, el legislador ha previsto una serie de *incompatibilidades* y prohibiciones. Algunas incompatibilidades pueden ser generales y están dirigidas al ejercicio de la profesión y otras incompatibilidades son especiales y se refieren al ejercicio de la auditoría respecto de una determinada entidad.

En cuanto a las incompatibilidades generales, el Código de comercio señala en el art. L822-10 del C. com. que las funciones del auditor de cuentas son incompatibles con: a) cualquier actividad que pueda afectar a su independencia. El auditor de cuentas deberá cuestionarse en todo caso su independencia respecto de la entidad cuyas cuentas se le encarga auditar manteniendo una actitud de alerta ante situaciones que puedan constituir una amenaza a su independencia. Cuando el auditor detecte una amenaza, debe establecer las medidas de salvaguarda adecuadas para reducir el riesgo de falta de independencia a un grado aceptablemente bajo y poder continuar en sus funciones o eliminar por completo la amenaza. En caso contrario, no debería aceptar el encargo o debería darlo por terminado. Si el auditor tuviera dudas o dificultades de interpretación, puede instar la opinión del H3C siempre que haya informado previamente de ello al presidente de la Compañía regional de auditores de cuentas (art. 12 del Código ético); b) cualquier empleo remunerado, salvo la docencia relativa al ejercicio de la auditoría u ocupar un empleo remunerado con un auditor de cuentas o experto contable; c) cualquier actividad comercial, ejercida directamente o por persona interpuesta.

En cuanto a las incompatibilidades especiales, algunas se encuentran reguladas en la parte legislativa del Código de comercio y, otras, en el Código ético de la profesión de auditor de cuentas. Respecto de las primeras, el art. L822-11 I del Código de comercio señala que el auditor no podrá tener, recibir o mantener, directa o indirectamente, ningún interés sobre la entidad cuyas cuentas va a auditar o sobre una entidad del grupo que la controla o es controlada por ella⁵⁰. Asimismo, en la parte II del mismo precepto, el Código de comercio prohíbe al auditor prestar a la entidad auditada o a las entidades del grupo de ésta toda asesoría o servicio que no esté directamente relacionado con la función de auditor. Además, prohíbe a un auditor perteneciente a una red nacional o internacional

50. El Código ético define las líneas personales, financieras y profesionales incompatibles con el ejercicio de la función auditora en los arts. 27, 28 y 29 respectivamente.

cuyos miembros tienen un interés económico común y cuya actividad no es exclusivamente la auditoría de cuentas, verificar las cuentas de una entidad a la que dicha red haya prestado un servicio distinto de la auditoría. El auditor de cuentas propuesto para el nombramiento debe informar por escrito a la entidad a auditar de su pertenencia a una red, nacional o internacional, cuya actividad exclusiva no es la auditoría y acerca de los honorarios totales que por servicios distintos a la auditoría prestados a la entidad dicha red percibe⁵¹.

El Código ético prevé en el art. 10 un listado de situaciones prohibidas en las que un auditor de cuentas no podrá incurrir, no pudiendo prestar algunos servicios a la persona o entidad cuyas cuentas verifica o a alguna entidad de su grupo en el sentido del art. L233-3 del C. com⁵² y prohíbe la dependencia del auditor respecto de la entidad cuyas cuentas audita debido a los honorarios facturados

51. Esta información, que se actualiza todos los años, se pondrá a disposición de los accionistas en el domicilio social antes de la junta general que se pronunciará sobre su nombramiento (art.L820-3 C. com.).

52. Toda prestación que suponga una autorrevisión de su trabajo de verificación; - Ser administrador o directivo en la entidad a auditar o en alguna empresa de su grupo. Además, deberán transcurrir cinco años desde el cese como dirigente o empleado de una entidad, para poder ser nombrado auditor de la misma. Tampoco podrán ser nombrados auditores de cuentas durante dicho tiempo en las entidades que posean el 10 por ciento de la sociedad en la que antes ejercían sus funciones ni tampoco en las que ésta poseía un 10 por ciento cuando cesaron sus funciones (art. L822-13 C. com.). Asimismo, los auditores de cuentas y los miembros firmantes de una sociedad de auditoría no podrán ser contratados ni como directivos ni como empleados de las entidades cuyas cuentas verifican ni en las sociedades del grupo (en el sentido del art. L233-3 del C. com.), en el plazo de cinco años desde que cesaron en sus funciones (art. L822-12 C. com.). La violación de dichas prohibiciones entraña la nulidad del nombramiento de directivo o del contrato de trabajo (art. L235-1 C. com.); - La contratación de personal; - La redacción de actas y la realización de funciones de secretario jurídico; - Manejo o custodia de fondos; - La llevanza de la contabilidad, preparación de las cuentas o la información financiera de la entidad cuyas cuentas debe auditar o las cuentas de las sociedades que la controlan o son controladas por ella; - La valoración de las aportaciones no dinerarias e intervención en caso de fusión; - El establecimiento de medidas de control interno al mismo cliente; - La prestación de servicios de auditoría y servicios de evaluación, actuarial o no, de elementos destinados a formar parte de las cuentas o de la información financiera siempre que no estén comprendidos en su deber como auditor; - Diseño y puesta en marcha de sistemas de información financiera; - La prestación de cualquier servicio, especialmente, de asesoría en materia jurídica, financiera y fiscal o relativa a las formas de financiación; - La externalización, incluso parcial, de una prestación; - La defensa de los intereses de los dirigentes o toda acción que tienda a la búsqueda de socios para operaciones relativas al capital o a la búsqueda de financiación; - Representar a la entidad auditada (o aquéllas que la controlan o son controladas por ella) y a sus dirigentes ante los tribunales.

en virtud de la actividad de auditoría (art. 34). Sin embargo, no se señala un porcentaje que haga suponer que existe dependencia financiera sino que ésta se presume cuando el total de los honorarios percibidos por su trabajo representa una parte significativa de los ingresos del auditor, lo cual apreciará el propio auditor. En caso de grave dificultad, se solicita la opinión del *Haut Conseil du commissariat aux comptes*.

Para evitar que el auditor dulcifique su opinión a cambio de conseguir ser contratado por la entidad auditada para prestarle servicios mejor remunerados, se sanciona con prisión de seis meses y una multa de 7500 euros el hecho de aceptar o mantenerse en el ejercicio de sus funciones a pesar de estar incurso en alguna incompatibilidad legal, ya sea como auditor individual o como socio de una sociedad de auditoría de cuentas (art. L820-6 C. com.). Además, serán nulos los acuerdos tomados teniendo en cuenta un informe de auditoría de un auditor que realizó su trabajo a pesar de estar incurso en una situación de incompatibilidad (art. L820-3-1 C. com.). El auditor de cuentas suplente está sometido a las mismas reglas de incompatibilidad que el auditor titular.

7.2. Derecho español

El auditor o sociedad de auditoría deberá ser independiente respecto de la entidad auditada y, si concluye que su independencia puede verse afectada al realizar la auditoría de una entidad, tendrá que abstenerse de actuar. Deberá establecer medidas de salvaguarda con el fin de detectar las amenazas a la independencia (autorrevisión, interés propio, abogacía, familiaridad o confianza o intimidación), evaluarlas, reducirlas e, incluso, eliminarlas. Sin embargo, tras proclamar en principio de independencia y la necesidad de un sistema de amenazas y salvaguardas establecido en el art. 12 del TRLAC, el art. 13 del mismo texto prevé un listado de situaciones o circunstancias en las que si el auditor incurre éste deberá rechazar el encargo en todo caso, no siendo posible salvaguarda alguna⁵³.

53. Estas situaciones son las siguientes: a) Ser directivo, administrador, empleado o realizar la supervisión interna en la entidad auditada. El art. 20 del TRLAC prohíbe a los auditores firmantes del informe de auditoría y a las sociedades de auditoría en cuyo nombre se realice la auditoría ser administradores y directivos de la entidad auditada o de su grupo, durante los dos años siguientes a finalizar la auditoría de una entidad. La LC de Galicia y de La Rioja señalan que no podrán verificar las cuentas anuales las personas

El auditor estará incurso en una incompatibilidad, no sólo cuando alguna de estas circunstancias se dan en el ejercicio que debe auditarse, sino cuando alguna de las circunstancias mencionadas tiene lugar desde el inicio del primer año anterior al ejercicio al que correspondan las cuentas anuales hasta la fecha en que el auditor o la sociedad de auditoría finalice el trabajo de auditoría (art. 14 TRLAC).

8. Cese del auditor de cuentas. Causas de cese

8.1. Derecho francés

Una vez *cumplido el plazo de duración fijado en el contrato de auditoría*, la asamblea puede no volver a nombrar al mismo auditor, no renovándole el contrato. Las funciones del auditor expiran tras la celebración de la asamblea general que aprueba las cuentas anuales del sexto ejercicio (art. L823-3 C. com.) para cuya auditoría fue contratado. Cuando al término del mandato de un auditor se propone a la asamblea general u órgano equivalente la no renovación de dicho auditor, éste podrá solicitar ser oído por la asamblea (art. L823-8 C. com.).

que en los cuatro años anteriores hayan sido administradores, asesores o empleados en la cooperativa; tampoco las personas inmersas en las prohibiciones que ambas leyes establecen para los interventores (arts. 55 LC Galicia y 80.4 LC La Rioja); b) Tener interés financiero directo o indirecto en la entidad auditada significativo para cualquiera de las partes. El art. 46.2 del RLAC especifica cuándo el interés financiero es significativo; c) La existencia de vínculos de matrimonio, de consanguinidad o afinidad hasta el primer grado, o de consanguinidad colateral hasta el segundo grado, incluidos los cónyuges de aquéllos con quienes mantengan estos últimos vínculos con los empresarios, los administradores o los responsables del área económico-financiera de la entidad auditada; d) Preparar los estados financieros u otros documentos contables de la entidad auditada; e) Realizar a la entidad auditada valoraciones significativas (...); f) La prestación de servicios de auditoría interna a la entidad auditada (...); g) La prestación de servicios de abogacía simultáneamente para la entidad auditada, salvo que dichos servicios se presten por personas jurídicas distintas y con consejos de administración diferentes, y sin que puedan referirse a la resolución de litigios sobre cuestiones que puedan tener una incidencia significativa, medida en términos de importancia relativa, en los estados financieros correspondientes al período o ejercicio auditado. V. el art. 46.7 del RLAC; h) Percibir honorarios derivados de la prestación de servicios de auditoría y distintos del de auditoría a la entidad auditada, siempre que éstos constituyan un porcentaje significativo del total de los ingresos anuales del auditor de cuentas o sociedad de auditoría, considerando la media de los últimos tres años. El art. 46.8 del RLAC precisa cuándo es significativo dicho porcentaje; i) Haber prestado servicios de diseño y puesta en práctica de sistemas de tecnología de la información financiera para generar datos de los estados financieros de la entidad auditada (...).

Puede solicitarse la *recusación* del auditor de cuentas ante el Tribunal de comercio siempre que exista una justa causa. La solicitud puede ser efectuada por uno o más accionistas o socios titulares de, al menos, el 5 por ciento del capital social, por el Comité de empresa, el Ministerio público y la Autoridad de los mercados financieros en el caso de personas cuyos títulos financieros están admitidos a negociación en un mercado regulado. La demanda de recusación deberá presentarse en los treinta días siguientes al nombramiento de auditor por la asamblea general. Debido al poco tiempo para poder solicitar la recusación, normalmente, se solicita la revocación en lugar de la recusación. Si el Tribunal accede a la solicitud, se nombrará un nuevo auditor hasta el nombramiento de otro por la asamblea general (arts. L823-6 y R. 823-5 C. com.). Se trata de una excepción al principio de sustitución del auditor titular por el suplente. Para conseguir que el Tribunal aprecie la existencia de una justa causa de recusación debe proporcionarse la prueba de las circunstancias que conduzcan a sospechar la falta de competencia, honestidad e independencia del auditor nombrado respecto de los dirigentes⁵⁴.

Además, puede ejercitarse una acción de *revocación* ante el Tribunal de comercio por uno o más socios que representan el 5 por ciento del capital, por el órgano colegiado encargado de la administración, el órgano encargado de la dirección, el Comité de empresa, el Ministerio Público y por la Autoridad de los mercados financieros en las entidades cuyos títulos financieros se admitan a negociación en un mercado regulado. La solicitud de revocación del auditor podrá realizarse en cualquier momento durante el mandato del auditor y antes de que finalice el tiempo por el que se le contrató y debe realizarse en caso de falta⁵⁵ o impedimento⁵⁶ (art. L823-7 C. com.). Un desacuerdo entre los directivos y el auditor

54. RIPERT, G. y ROBLLOT, R.: *Traité de Droit Commercial...*, cit., p. 481; GERMAIN, M. y MAGNIER, V. (Ripert, G. y Roblot, R.): *Traité de droit des affaires...*, cit., p. 542; DIDIER, P. y DIDIER, P.: *Droit commercial. Les Sociétés commerciales*, T. 2, Economica editions, París, 2011, p. 364.

55. Se trata de una falta si, por causas que le son atribuibles, como no ser independiente en un trabajo, el auditor incumple sus deberes profesionales no realizando la tarea en absoluto o efectuándola incorrectamente.

56. Hay impedimento cuando el ejercicio de la función es imposible ya sea por encontrarse el auditor enfermo de forma prolongada, le resulte imposible realizar sus tareas por haberse comprometido con demasiadas no pudiendo atender a todas, una incompatibilidad sobrevenida, la baja del auditor de la lista profesional de auditores, etc.

o un simple error de apreciación no justifica que se revoque al auditor de su cargo. Cuando el auditor de cuentas resulta revocado de sus funciones, será reemplazado por el auditor nombrado como suplente (art. R823-5 C. com.). En tal caso, la asamblea general deberá nombrar otro suplente.

El art. 19 del Código ético de la profesión de auditor de cuentas reconoce, expresamente, el derecho del auditor a *dimitir* siempre que existan motivos legítimos que serán el cese definitivo de la actividad, motivos personales imperiosos tales como el estado de salud, las dificultades encontradas en el cumplimiento de sus funciones cuando sean irremediables y la aparición de hechos que puedan poner en peligro el cumplimiento de las normas aplicables a la profesión auditora y perjudicar a su independencia y objetividad (que surja una incompatibilidad).

Cuando una *sociedad de auditoría es absorbida por otra sociedad de auditoría*, la sociedad absorbente continua el mandato de la sociedad absorbida hasta que este último vence. Sin embargo, la asamblea general de la sociedad controlada puede, en la primera reunión tras la absorción, deliberar sobre si se mantiene el mandato una vez oído el auditor (art. L823-5 C. com.).

El auditor podrá ser objeto de *sanción disciplinaria* con la suspensión temporal o expulsión definitiva como auditor (art. L822-8 C. com.). En caso de expulsión, el auditor nombrado como suplente sustituirá al auditor expulsado por el tiempo de mandato que resta. Sin embargo, en caso de suspensión temporal, el auditor suplente sustituirá al suspendido durante el período de suspensión. Una vez finalizada la suspensión, el titular reanudará sus funciones tras la aprobación de las cuentas por la asamblea (art. L 823-1 C. com.).

8.2. Derecho español

El auditor cesa del cargo, generalmente, tras *cumplirse el plazo para el que se le nombró*. El ICAC puntualiza que el auditor cesa cuando cumple el contenido del contrato, que se entiende que tiene lugar tras la aprobación de las cuentas correspondientes al último ejercicio a auditar ya que, en algunos casos, tras entregarse el informe de auditoría a los administradores, estos efectúan cambios en las cuentas debiendo el auditor modificar también el informe y, en otros casos, la asamblea, en lugar de aprobar las cuentas, las rechaza, debiendo modificarse las

cuentas volviéndolas a auditar para volver a someterlas a la aprobación de la asamblea⁵⁷.

La Ley 27/1999, de cooperativas señala que el auditor podrá ser *revocado* de su nombramiento si existe justa causa (art. 62.4)⁵⁸. Es la asamblea general la competente para revocar a los auditores (art. 21.2 b). Las leyes autonómicas también se ocupan de esta cuestión. Así, señalan que corresponde a la asamblea general la revocación del auditor⁵⁹. Algunas legislaciones, además, añaden a la competencia de la asamblea general la necesidad de que exista justa causa⁶⁰. El art. 19.1 TRLAC, aplicable a la auditoría de todo tipo de sociedad, exige la existencia de una justa causa para poder rescindir el contrato de auditoría.

Los arts. 3.2 del TRLAC y 7.2 del RLAC reconocen al auditor, expresamente, la posibilidad de *dimitir o renunciar a continuar con el contrato de auditoría*, siempre que exista una causa justificada para ello. Según dichos preceptos, el auditor podrá no emitir el informe de auditoría o renunciar a permanecer con el contrato de auditoría, antes de que finalice el mismo, sólo, si existe justa causa y en aquellos casos en que tengan lugar las siguientes circunstancias: 1) Que existan amenazas que puedan hacer peligrar, gravemente, la independencia del auditor, como estar incurso en alguna incompatibilidad, y 2) Que al auditor o sociedad de auditoría le resulte absolutamente imposible realizar el trabajo que se le ha encargado por circunstancias que no le sean imputables⁶¹.

57. Consulta núm. 6, publicada en el BOICAC núm. 12, de 1993 y RDGRN de 25 de octubre de 1993.

58. La DA 4.ª del RLAC, señala que la extinción de la obligación de auditar las cuentas anuales de una entidad constituye una justa causa de revocación del auditor nombrado. Ello tendrá lugar si dejan de superarse los umbrales cuánticos fijados por la legislación.

59. Art. 29.1 b) LC Cataluña; art. 31.1 a) LC Valencia; art. 31.1 c) de la LC Galicia.

60. Art. 31.3 b) LC Euskadi; arts. 43.1 a) y 96.2 LC Castilla-La Mancha; art. 29.3 b) LC Madrid; art. 43.2 b) y 104.3 de la LC Asturias; arts. 37.2 y 84.4 LC Murcia; art. 78.4 LC Castilla y León.

61. El Reglamento señala que dicha circunstancia tendrá lugar cuando la entidad a auditar ni siquiera entrega al auditor las cuentas anuales tras habérselas solicitado por escrito. Se considera que la entrega no se ha producido si ha transcurrido más de un año desde la fecha de las cuentas [art. 7.2 b) RLAC]. Según el RLAC también existirá imposibilidad absoluta cuando, «excepcionalmente», otras circunstancias distintas de las de carácter técnico y no imputables al auditor, impidan a éste hacer el trabajo que le ha sido encargado en los aspectos fundamentales, no incluyéndose aquellos supuestos en que el auditor no pueda aplicar los procedimientos de auditoría necesarios para obtener evidencias en relación con la información de las cuentas anuales (art. 7.2 RLAC), ya que en este último caso se emitirá un informe con limitación al alcance o se denegará la opinión. Según la Consulta del ICAC núm. 1, BOICAC núm. 89, de 2012, siempre que la imposibilidad absoluta de realizar el trabajo de auditoría sea por causas no atribuibles al auditor y dicha imposibilidad quede acreditada mediante evidencias suficientes, fehacientes y documentadas, no será necesario esperar el transcurso de un año.

El auditor puede ser objeto de *sanciones disciplinarias*. Así, por la comisión de infracciones muy graves y graves puede imponerse al auditor individual infractor, a la sociedad de auditoría o al auditor que ha firmado el informe de auditoría en nombre de la sociedad de auditoría, además de una multa, la retirada de la autorización o baja definitiva en el ROAC o la suspensión de dicha autorización y baja temporal en el ROAC (art. 36 TRLAC).

9. La duración del mandato del auditor, la reelección y la rotación

9.1. Derecho francés

Los auditores de cuentas son nombrados para seis ejercicios. Sus funciones expiran tras la celebración de la asamblea general u órgano equivalente que decide sobre la aprobación de las cuentas del sexto ejercicio por el que fue contratado (art. L823-3 C. com.). Sin embargo, el auditor de cuentas suplente que reemplaza al titular ejercerá sus funciones hasta que concluya el mandato confiado al titular al que sustituye (art. L823-1 C. com.). Además, cuando el auditor es nombrado judicialmente, porque la asamblea no ha nombrado auditor y cualquier miembro de la asamblea ha solicitado el nombramiento judicial, el auditor así nombrado permanecerá en su cargo hasta que la asamblea general nombra otro auditor (art. L823-4 C. com.).

Los auditores de cuentas son indefinidamente *reelegibles*. La reelección debe ser expresamente realizada por la asamblea u órgano equivalente.

La *rotación* se exige a los auditores de entidades cuyos títulos financieros hayan sido admitidos a negociación en un mercado regulado. El Código de comercio señala, textualmente, que el auditor de cuentas persona física o el socio firmante de la sociedad de auditoría que audita las cuentas de una entidad cuyos títulos financieros han sido admitidos a negociación en un mercado regulado, no podrá auditar las cuentas de dicha entidad durante más de seis ejercicios consecutivos (L822-14 C. com.). Transcurridos seis ejercicios, los auditores sometidos a la obligación de rotar no podrán participar otra vez en la auditoría de cuentas de dicha persona o entidad antes de que transcurran dos años a contar desde el cierre del sexto ejercicio que verificaron⁶².

62. Este precepto se aplica también a las personas y entidades mencionadas en el art. L612-1 (personas jurídicas de derecho privado, como sociedades civiles, que realizan una actividad económica y deben nombrar auditor por superar determinada dimensión) y a las asociaciones mencionadas en el art. 612-4 del C. com., cuando dependan de la generosidad pública en el sentido del art. 3 de la Ley nº 91-772 de 7 de agosto de 1991.

En las Cooperativas pueden emitirse participaciones sociales (título básico de toda cooperativa equivalente a la acción de una sociedad anónima) cuya suscripción otorga a su titular derecho de voto independientemente del número de títulos efectivamente poseídos. No se emiten acciones que coticen en bolsa en un mercado secundario lo que no obsta para que, a veces, se constituyan sociedades no cooperativas que sí cotizan en bolsa y cuyo capital lo detentan las sociedades cooperativas del grupo (ej. *Crédit agricole*). Sin embargo, las Cooperativas de crédito pueden emitir títulos cotizados en un mercado regulado. Así, los certificados cooperativos de inversión son títulos que son parte integrante del capital de la sociedad sin derecho de voto⁶³. Además, los títulos de crédito emitidos por las cooperativas, sean obligaciones o títulos del mercado monetario, pueden negociarse en un mercado regulado.

9.2. Derecho español

El nombramiento de los auditores en la Cooperativa deberá hacerse por un período de tiempo determinado que no podrá ser inferior a tres años ni superior a nueve a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar (art. 62 Ley Coop.), con independencia de que, una vez finalizado el contrato de auditoría, los auditores pueden ser reelegidos. Algunas leyes autonómicas sobre cooperativas contienen la misma disposición (art. 78.3 LC Castilla y León; art. 67.2 LC Madrid; art. 84.3 LC Murcia; art. 96.2 LC Castilla-La Mancha; art. 104.3 LC Asturias). El resto de las leyes autonómicas sobre cooperativas no regulan esta cuestión por lo que entendemos que les será aplicable lo dispuesto en la Ley estatal de cooperativas y en el art. 19.1 TRLAC que se pronuncian en el mismo sentido en relación a la duración del contrato de auditoría inicial.

En cuanto a la reelección del auditor cuyo período inicial de contratación ha finalizado, aunque la legislación sobre auditoría durante años exigió que, una vez finalizado el período inicial de contratación de un auditor, dicho auditor fuera reelegible por períodos anuales, dicha exigencia fue modificada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia

63. También existen los certificados cooperativos de socios que son títulos no cotizados que no dan derecho de voto y se negocian en persona o a través de una cartera de pedidos que lleva el emisor y cuya valoración depende de varios factores.

contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, a partir de la cual se sustituyó la posibilidad de reelecciones anuales por reelecciones sucesivas como máximo de tres años y así se mantiene hoy día en el art. 19 del TRLAC. El art. 62.3 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas y algunas leyes autonómicas que se han pronunciado sobre esta cuestión señalan, sin embargo, que, una vez finalizado el período de contratación inicial, los auditores serán reelegibles anualmente⁶⁴. Estas últimas normas, a pesar del cambio sufrido por la legislación de auditoría, se han mantenido sin modificaciones respecto a esta cuestión.

En cuanto a la *rotación*, si la sociedad cooperativa auditada es una entidad de interés público, como una cooperativa de crédito o de seguros⁶⁵, o el importe neto de la cifra de negocios es superior a 50.000.000 de euros, una vez transcurridos siete años desde el contrato inicial, será obligatoria la rotación del auditor firmante del informe de auditoría, debiendo transcurrir dos años para que dicho auditor pueda volver a auditar a la entidad de que se trate (art. 19.2 TRLAC).

Cuando la auditoría de cuentas no sea obligatoria, los límites máximo y mínimo y las normas sobre la reelección y la rotación no serán de aplicación.

10. La remuneración

10.1. Derecho francés

La remuneración del auditor deberá fijarse de común acuerdo entre el auditor de cuentas y la persona o entidad cuyas cuentas deben auditarse, en relación con la importancia de los trabajos a realizar teniendo en cuenta el tamaño, naturaleza y complejidad de las actividades de la entidad. Los honorarios serán abonados por la persona o entidad cuyas cuentas han sido verificadas. El auditor no podrá aceptar unos honorarios que pongan en riesgo la calidad de sus trabajos y la desproporción entre los honorarios percibidos y la importancia de los trabajos a realizar puede afectar a su independencia y objetividad (art. 31 Código ético).

64. Art. 78.3 LC Castilla y León; art. 67.2 LC Madrid; art. 84.3 LC Murcia; art. 96.2 LC Castilla-La Mancha; art. 104.3 LC Asturias.

65. Los arts. 2.5 TRLAC y 15 RLAC señalan cuáles son las entidades de interés público.

El auditor de cuentas realizará un programa de trabajo que defina la naturaleza y extensión de los procedimientos que estima necesarios para realizar su plan de trabajo e indicará el número de horas de trabajo para el cumplimiento de su función y los honorarios correspondientes (art. R823-11 C. com.). No podrá percibir ninguna forma de remuneración proporcional o condicionada (art. 33 Código ético).

El art. R823-12 del Código de comercio establece unos baremos estimativos de horas de trabajo en función de la cuantía total del balance, ingresos y productos financieros antes de impuestos. En caso de desacuerdo sobre el número de horas de trabajo necesarias para realizar el programa de trabajo, por excesivo o insuficiente, la parte interesada podrá solicitar ante el presidente de la Compañía Regional que se pronuncie al respecto antes de realizar la auditoría. El interesado indicará el número de horas que piensa que son necesarias y la otra parte dará su opinión (art. R823-14 C. com.). El presidente de la Compañía Regional informará acerca de su decisión en el plazo de quince días desde la solicitud pudiendo recurrirse la solicitud ante la Cámara regional de disciplina.

10.2. Derecho español

El art. 21 del TRLAC señala que los honorarios por los servicios de auditoría se fijarán, en todo caso, antes de que el auditor de cuentas o sociedad de auditoría comience los trabajos de auditoría y para todo el período en que deban desempeñarlos. Dichos honorarios no podrán estar influidos o determinados por la prestación de servicios adicionales a la entidad auditada, ni podrán basarse en ningún tipo de contingencia o condición distinta a cambios en las circunstancias que sirvieron de base para la fijación de los honorarios. Se prohíbe que los auditores o sociedades de auditoría perciban otra remuneración o ventaja por realizar auditorías. Los auditores de cuentas y sociedades de auditoría deberán comunicar al ICAC todos los años las horas y honorarios facturados a cada entidad auditada, distinguiendo las que corresponden a trabajos de auditoría de cuentas y otros servicios prestados, así como cualquier otra información que requiera el ICAC para el ejercicio de sus funciones.

Los honorarios del auditor serán abonados por la propia entidad auditada. Sin embargo, algunas leyes autonómicas regulan excepciones a esta regla general. Así, la Ley de Cooperativas valenciana prevé que, en aquellos casos en que el nombramiento se haga por el Registro de Cooperativas a solicitud de los socios legi-

timados para ello, los gastos originados por la auditoría deberán ser abonados por los solicitantes que podrán repetir contra los administradores de la cooperativa si en la contabilidad auditada se hubieran descubierto vicios o irregularidades (art. 50.1 c). Asimismo, la Ley de cooperativas de la Comunidad de Madrid (art. 67.1 c), la andaluza (art. 73.1 c), gallega (art. 55), extremeña (art. 45.4) y la balear (art. 87.2) señalan que, cuando la auditoría deba efectuarse a solicitud de los socios legitimados, los gastos de la auditoría serán a cargo de los solicitantes salvo cuando resulten vicios o irregularidades esenciales de las cuentas anuales. En estos casos los socios deberán estar muy seguros de que el auditor va a encontrar vicios o irregularidades en las cuentas verificadas⁶⁶.

Es aplicable a todo tipo de sociedades, incluidas las sociedades cooperativas, la norma según la cual, si el juez atiende la petición fundada de quien acredite tener un interés legítimo en la auditoría de una entidad, nombrará auditor y la entidad se verá obligada a someter sus cuentas a auditoría. Ahora bien, quien efectuó la solicitud deberá depositar una garantía suficiente en el juzgado para pagar las costas del proceso y los gastos de auditoría a los que tendrá que hacer frente si no resultan vicios o irregularidades esenciales de las cuentas revisadas. Al contrario, si resultaran vicios o irregularidades los gastos deberán ser satisfechos por la entidad auditada (art. 40 C. com.).

11. Conclusiones

Con este artículo se ha pretendido realizar un estudio sobre las diferencias del régimen aplicable a la auditoría de las cooperativas francesas y las cooperativas españolas.

En cuanto al régimen general de cooperativas, en el Derecho francés existe una Ley de cooperativas general de 10 de julio de 1947 y varias leyes específicas dirigidas a los distintos tipos de cooperativas. La normativa general se aplica a las cooperativas sin normas particulares y como norma supletoria de las leyes específicas en caso de lagunas en éstas. En el Derecho español existe una Ley de cooperativas estatal, concretamente, la Ley 27/1999, de 16 de julio de cooperativas, y múltiples leyes autonómicas de las que es supletoria la estatal, además de

66. GADEA, E., SACRISTÁN, F. y VARGAS VASSEROT, C.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 531.

algunas normas específicas para las cooperativas de crédito tanto estatales como autonómicas.

En lo relativo al régimen de la auditoría de cuentas, la legislación francesa y española se han adaptado a la VIII Directiva 2006/43/CE, de 17 de mayo de 2006, sobre auditoría de cuentas anuales y consolidadas, por lo que no podemos decir que existan diferencias notables entre ambas regulaciones en lo que a auditoría se refiere. Sin embargo, algunas diferencias, en mi opinión, revisten cierta relevancia.

En lo que a la organización de la profesión auditora se refiere, el ICAC es el máximo organismo en materia de contabilidad y auditoría de cuentas en España. Este organismo se creó en España a partir de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas. En Francia existe el *Haut Conseil du commissariat aux comptes* creado a partir de la Ley de seguridad financiera de 1 agosto de 2003. En cuanto a las instituciones que agrupan a los auditores de cuentas, en Francia existe la *Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes* como institución representativa de la profesión auditora y las *Compagnies Regionaux des Commissaires aux Comptes* en cada jurisdicción de apelación (en total 33) que agrupan a los auditores y sociedades de auditoría inscritos en cada circunscripción. En España, sin embargo, tras años reclamándose la unificación de las tres corporaciones existentes en una sola, y tras la unificación de dos de ellas, en este momento, existen dos Corporaciones representativas de auditores: por una parte el REA+REGA Auditores del Consejo General de Economistas fruto de la reciente unificación de los Consejos de Economistas y Titulares Mercantiles y, por otra parte, el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España (ICJCE). Sería deseable que, al igual que en Francia, fuera una sola la Corporación de Derecho público representativa de los auditores de cuentas con el fin de favorecer el desarrollo de la actividad auditora, la calidad de la misma y cumplir con las expectativas que el mercado reclama.

En cuanto a las Cooperativas obligadas a someter sus cuentas a auditoría, en Francia algunas cooperativas, concretamente las agrarias y las de crédito, tienen su régimen especial pero, como regla general, al poder adoptar la forma de cualquier sociedad, habrá que atender a la forma que ha adoptado la sociedad cooperativa. Así, es obligatoria la designación de auditor en las sociedades anónimas y en las comanditarias por acciones independientemente de su dimensión (arts. L225-218 y L226-6 C. com.). Las sociedades limitadas, las colectivas, las comanditarias simples y las sociedades civiles, sin embargo, deberán nombrar auditor

atendiendo a su tamaño, en función de si superan o no determinadas cifras como el importe del activo, el volumen de negocios y el promedio de la cifra de empleados (arts. L221-9, L 222-2 y L225-235 C. com.). En el caso de sociedades por acciones simplificadas, son otras las cifras a superar (art. L227-9-1 del C. com.). Otra cosa es que algunas de dichas formas no se adoptan por las cooperativas por no ser adecuadas para ser, precisamente, cooperativas. En España, la Ley 27/1999, de 26 de julio, de Cooperativas remite a la DA 1.^a del TRLAC que establece un listado de entidades obligadas a someter sus cuentas a auditoría. Se trata de entidades que, por dedicarse a una actividad, darse en ellas una determinada circunstancia o superar unas dimensiones, deben someter sus cuentas a auditoría. Tras analizar las cifras que conducen a la obligación de auditoría, llegamos a la conclusión de que serán más las entidades francesas que deben someter sus cuentas a auditoría que las españolas, al ser inferiores las cifras que deben superarse en Francia para tener que nombrar auditor que en España. Además, en Francia las sociedades anónimas deben someter sus cuentas a auditoría en todo caso y en España dependerá de la dimensión de la sociedad.

Respecto al órgano competente para nombrar al auditor, es cuando menos curioso que en España algunas leyes autonómicas sobre cooperativas atribuyan al órgano de administración la potestad de nombrar auditor en caso de no haber auditor nombrado por la asamblea, teniendo en cuenta que, muchas veces, el auditor no se ha nombrado por culpa del propio órgano de administración al que corresponde convocar la asamblea general. En ambas legislaciones, francesa y española, corresponde a la asamblea general el nombramiento de auditor en primer lugar. Sin embargo, en caso de no producirse este nombramiento, en Francia puede solicitarse el mismo a una instancia judicial mientras que en España será al Registro de Cooperativas (con excepción de Extremadura que, igual que la legislación francesa, prevé el nombramiento judicial previa solicitud de las personas legitimadas). La normativa francesa regula de forma bastante detallada la figura del suplente del auditor, al contrario que la normativa española que, excepto en la Ley de Sociedades de Capital, no menciona dicha figura. Sería deseable que las normas sobre auditoría regularan esta cuestión dejando menos lugar a interpretaciones que podrían evitarse en aquéllos casos en que no se tiene claro cómo actuar en relación a esta cuestión. En nuestra opinión, el nombramiento de tantos suplentes como auditores titulares es necesario teniendo en cuenta que durante la auditoría pueden ocurrir incidentes que impidan al auditor titular continuar en el cargo durante todo el tiempo para el que fue nombrado,

no resultando práctico tener que convocar una asamblea para nombrar inmediatamente otro auditor.

La legislación francesa sobre auditoría castiga expresamente la falta de nombramiento de auditor cuando fuera obligatorio con la nulidad de los acuerdos adoptados en la asamblea e impone, además, penas de prisión y multa a los directivos que no convocaron la asamblea para el nombramiento o, habiéndose nombrado, hubieran obstaculizado el trabajo del auditor. En España son los Tribunales quienes han dispuesto la nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales de cualquier tipo de sociedad cuando no hay informe de auditoría siendo éste obligatorio. En sede de cooperativas las leyes autonómicas sobre cooperativas tipifican como infracción grave o muy grave el incumplimiento del nombramiento de auditor imponiéndose la correspondiente sanción. Sin embargo, no se establece un castigo directo a los administradores que han incumplido sus obligaciones legales por lo que habrá que interponer contra ellos la correspondiente acción de responsabilidad. Se trata de un tema al que el legislador debería prestar más atención y, además de declarar la nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales, deberían imponerse sanciones directas a los administradores que no se ocuparan de que efectivamente se nombre auditor en los casos en que fuera obligatorio.

En cuanto al sistema establecido para salvaguardar la independencia del auditor es híbrido en ambos países. Tras proclamar en principio de independencia y la necesidad de un sistema de amenazas y salvaguardas el legislador establece un listado de incompatibilidades o prohibiciones en las que el auditor no deberá incurrir en ningún caso.

Cuando transcurrido el plazo para el que se nombró al auditor, se propone a la asamblea general u órgano equivalente la no renovación de un auditor, la legislación francesa prevé que éste podrá solicitar ser oído por la asamblea. Sin embargo, la legislación española no ha previsto ninguna forma de defensa del auditor frente a su cambio por otro, no teniendo derecho a ser escuchado por los socios en la asamblea en la que se ha propuesto no renovarle. Para impedir que el auditor se sienta presionado y se vea mermada su independencia frente a la amenaza de no renovación, sería deseable que la legislación española incluyera una norma que permitiera al auditor ser escuchado por los socios con el fin de emitir su parecer sobre las razones por las que los administradores han propuesto su cambio. De esta forma, se evitaría que los directivos consigan cambiar a auditores que les resultan molestos, ya que, tras muchos de los cambios, suele haber problemas de

independencia⁶⁷. Sería deseable también articular alguna vía para que los usuarios de la información económica de la entidad conozcan que el cambio se ha producido por conflictos entre los administradores y el auditor no renovado. Tampoco se ha previsto la necesidad de que los administradores justifiquen ante alguna institución pública, como por ejemplo el ICAC, los motivos del cambio lo cual habría dificultado los intentos de cambiar auditores molestos por independientes. Sin embargo, ambas legislaciones prevén que el auditor sucesor debe poder acceder a toda la documentación relativa a la entidad auditada y asegurarse de que entre los motivos de no renovación no se encuentre el hecho de que la entidad auditada desee eludir sus obligaciones legales debiendo evaluarse las circunstancias del cambio⁶⁸.

La posibilidad de recusación judicial del auditor prevista en la legislación francesa por causa justificada en los 30 días siguientes a su nombramiento no ha sido recogida en la legislación española. Sin embargo, si se prevé en ambas legislaciones la posibilidad de revocación por justa causa. La diferencia se encuentra en que en Francia la revocación sólo la puede decidir el juez y en España corresponde a la asamblea general. Cuando la asamblea delibere sobre la revocación, no será necesario probar que existe una justa causa. Sólo en el caso de que se impugnara el acuerdo ante el juez llegaría éste a ocuparse de la revocación. En caso de que quien impugnara el acuerdo de la asamblea fuera el auditor por considerar que ha sido revocado injustamente es probable que éste no quisiera volver a su puesto de auditor en dicha empresa y se conformara con una indemnización⁶⁹ a pesar de reconocer el juez que fue injustamente revocado por lo que,

67. PAZ-ARES, C.: *La Ley, el mercado y la independencia del auditor*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 89 y ss.; CAÑIBANO CALVO, L. y CASTRILLO LARA, L. A.: "La independencia de los auditores: un nuevo enfoque", *Actualidad Financiera*, núm. monográfico, tercer trimestre, 1999, p. 32; GÓMEZ AGUILAR, N.: *El informe de auditoría y su efecto sobre la decisión de cambio de auditor*, Ediciones Unica: On line, Madrid, 2003, p. 21.

68. La legislación francesa impone dicha obligación incluso al auditor de cuentas suplente que es llamado a sustituir al auditor titular que dimite o tiene algún impedimento antes de la normal expiración de su mandato (art. 21 Código ético). A pesar de la obligación de secreto del auditor, el auditor que por cualquier motivo le sucede al anterior puede acceder a todas las informaciones y documentos relativos a la persona o entidad cuyas cuentas son auditadas (art. L823-3 C. com.). En España el auditor saliente que incumple con su obligación de poner al alcance del auditor sucesor la información relativa a la entidad auditada estará cometiendo una infracción grave [arts. 25.2 f) y 34 o) del TRLAC]. V. párrafo 44 NTA "sobre relación entre auditores", aprobada por Resolución de 27 de junio de 2011 del ICAC.

69. Art. 1124 del Código civil.

de hecho, puede ser injustamente revocado. Por todo ello, consideramos más acertada la norma francesa que prevé la revocación judicial en todo caso.

Es relevante la diferencia de regulación en lo que a la duración del mandato de auditor se refiere. El sistema español es un sistema de duración plurianual variable de entre tres y nueve años y el sistema francés es un sistema de duración fijo. En ambos países los auditores son reelegibles pero, en España, por períodos sucesivos máximos de tres años y en Francia indefinidamente por contratos de seis años. El sistema de duración fijo francés tiene la ventaja de que no es posible negociar con el auditor un número distinto de años de contrato por lo que no puede ofrecérsele un contrato de una duración inferior o superior en función de su disponibilidad a satisfacer a los administradores, al contrario que con un sistema de duración variable⁷⁰. Igualmente, en lo relativo a la reelección de los auditores, en España se permite no reelegir al auditor una vez transcurrido un año (si ha sido reelegido por un año y no por tres), lo cual puede dar lugar a que el interés por conservar su trabajo conduzca al auditor a emitir una opinión menos independiente⁷¹. Sin embargo, en Francia las reelecciones también son para seis años por lo cual el auditor se verá menos presionado porque sabe que, aunque no sea del agrado de los administradores, seguirá en el cargo hasta que finalice el contrato salvo que exista una justa causa de revocación.

Finalmente, en lo que a la remuneración del auditor se refiere, hay que destacar la amplitud con la que el legislador francés regula los conflictos en la fijación de la remuneración del auditor.

70. IGLESIAS PRADA, J.I.: “La duración del cargo de auditor. Consideraciones críticas”, *RdS*, núm. 3, 1994, p. 1905.

71. HUERTA VIESCA, M.ªI.: “Cuestiones sobre la remuneración de los auditores de cuentas en el derecho español”, *RDM*, núm. 241, 2001, pp. 1407 y 1408.

Bibliografía

- AGUILA, Y.: “Le contrôle juridictionnel du code de déontologie des commissaires aux comptes”, *Revue Française de droit administratif*, núm. 3, 2006, pp. 463-482.
- ARANA GONDRA, F. J.: *Ley de Auditoría de Cuentas. Comentarios a la legislación mercantil*, Dir. Sánchez Calero, F., Edersa, Madrid, 1995.
- BORJABAD GONZALO, P.J.: *Manual de Derecho Cooperativo*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1993.
- CAÑIBANO CALVO, L. y CASTRILLO LARA, L. A.: “La independencia de los auditores: un nuevo enfoque”, *Actualidad Financiera*, núm. monográfico, tercer trimestre, 1999, pp. 21-40.
- COURET, A. y TUDEL, M.: “Le nouveau contrôle légal des comptes”, *Recueil Dalloz*, núm. 33, 2003, p. 2290.
- CHAPUT, Y.: *Le commissaire aux comptes, partenaire de l’entreprise*, Creda, París, 1999.
- CUIF, P.F.: “Le conflit d’intérêts: essai sur la détermination d’un principe juridique en droit privé”, *Revue Trimestrelle de droit commercial et droit économique*, núm. 1, 2005, pp. 1-27.
- DIDIER, P. y DIDIER, P.: *Droit commercial. Les Sociétés commerciales*, T. 2, Economica editions, París, 2011.
- FAJARDO GARCÍA, G.: “Concepto, naturaleza, clases y legislación aplicable a las cooperativas”, en *Cooperativas: Régimen jurídico y fiscal*, Coord. Gemma Fajardo García, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 13-32.
- GADEA, E., SACRISTÁN, F. y VARGAS VASSEROT, C.: *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2009.
- GERMAIN, M. y MAGNIER, V. (Ripert, G. y Roblot, R.): *Traité de droit des affaires, Les Sociétés Commerciales*, T. 2, 20.^a ed., LGDJ editions, París, 2011.
- GÓMEZ AGUILAR, N.: *El informe de auditoría y su efecto sobre la decisión de cambio de auditor*, Ediciones Unica: On line, Madrid, 2003.
- GONZALO ANGULO, J. A. y CASTELLANOS RUFO, E.: “La reforma de 2010 en la Ley de Auditoría de Cuentas”, *Partida Doble*, núm. 224, 2010, pp. 22-55.
- GUYON, Y.: *Droit des Affaires*, T. 1, 12.^a ed., Economica editions, París, 2003.

- GUYÉNOT, J.: *Cours de Droit Commercial*, vol. II, Editions Licet, París, 1977.
- HOVASSE, H.: “Comptes sociaux et liberté contractuelle”, *Droit des Sociétés*, núm.3, 2004, pp. 7-9.
- HUERTA VIESCA, M.^aI.: “Cuestiones sobre la remuneración de los auditores de cuentas en el derecho español”, *RDM*, núm. 241, 2001, pp. 1395-1442.
- IGLESIAS PRADA, J.I.: “La duración del cargo de auditor. Consideraciones críticas”, *RdS*, núm. 3, 1994, pp. 11-34.
- LEJEUNE G. y EMMERICH, J. P.: *Réglementation professionnelle et déontologie de l'expert-comptable et du commissaire aux comptes*, Gualino Lextenso editions, París, 2012.
- MERLE, P.: *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 16.^a ed., Dalloz, París, 2013.
- MESTRE, J., PANCRAZI, M.E., ARNAUD-GROSSI, I., MERLAND, L. y TAGLIARION-VIGNAL, N.: *Droit commercial. Droit interne et aspects de droit international*, 29.^a ed., LGDJ editions, París, 2012.
- MORILLAS JARILLO, M.^a J.: *Las sociedades cooperativas*, Dykinson, Madrid, 2008.
- MORILLAS JARILLO, M.^a J. y FELIÚ REY, M.I.: *Curso de Cooperativas*, Tecnos, Madrid, 2002.
- OPPETIT, B. y SAYAG, A.: *Les structures juridiques de l'entreprise*, 3.^a ed., Editions Licet, París, 1981.
- PACHECO CAÑETE, M.: *Régimen legal de la auditoría de cuentas y responsabilidad de los auditores*, Consejo Económico y social, Madrid, 2000.
- PAZ-ARES, C.: *La Ley, el mercado y la independencia del auditor*, Civitas, Madrid, 1996.
- RIPERT, G. y ROBLOT, R.: *Traité de Droit Commercial*, T. I, vol. 2, 18.^a ed., LGDJ editions, París, 2002.
- ROBERT, A.: “La huitième directive concernant le contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés”, *Revue des sociétés*, núm. 4, 2008, pp. 733-766.
- SAINT ALARY, R.: “Sociétés Cooperatives. Généralités”, *Juris-Classeur, Sociétés Traités*, Fasc. 168-10, 2010.
- SAINTOURENS, B.: “Sociétés coopératives et sociétés de droit commun”, *Revue des sociétés*, núm.1, 1996, pp. 1-15.
- SALOMON, F. : “Les commissaires aux comptes et le droit pénal”, *Droit des Sociétés*, núm. 4, 2004, pp. 7-15.

- VICENT CHULIA, F.: “Reforma Contable y Derecho Mercantil”, *Revista de Contabilidad*, vol. 7, núm. monográfico 1, Coord. Monterrey Mayoral, J., Santander, 2004, pp. 161-211.
- YÁNEZ LÓPEZ, J. C., VILLANUEVA VILLAR, M. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.^a T.: “La independencia del auditor en la nueva Ley”, *Partida Doble*, núm. 220, 2010, pp. 10-24.

RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN LAS COOPERATIVAS ESPAÑOLAS

María Salas Porras

Profesora Ayudante Doctora

Dpto. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Universidad de Málaga

RESUMEN

El arbitraje, la conciliación y la mediación, como mecanismos de resolución de conflictos alternativos al judicial, están ganando importancia e implantación en el ámbito cooperativo. Su carácter auto-compositivo, no fundamentado en posturas antagónicas e irreconciliables, los presenta como muy adecuados para la gestión y composición de las disyuntivas surgidas en entidades cuyos principios definidores apuntan hacia la *gobernanza democrática, la participación* y la existencia de un *espíritu colaborador entre sus miembros*.

Este auge en la práctica está acompañado por un todavía incipiente desarrollo legislativo que, procedente del ámbito autonómico, revela un tratamiento desigual de la temática planteada. En concreto, la opción por Cataluña, el País Vasco y Extremadura se justifica por ser las únicas que, hasta ahora, han previsto la aplicación de tales técnicas como fórmulas para abordar el conflicto en las cooperativas, adelantándose a lo que habrá de ser un vasto campo de estudio futuro en la ordenación de estas organizaciones.

PALABRAS CLAVE: Cooperativas, Arbitraje, Mediación, Conciliación, Co-responsabilidad, Relación, Conflicto.

DISPUTE RESOLUTION IN SPANISH COOPERATIVES

ABSTRACT

Arbitration, Conciliation and Mediation are alternative conflict solution techniques that are increasing and improving in the cooperative area. They are characterized by being self-compositive techniques, and not being based in antagonism and hostility. These are the reasons because they are really suitable in order to manage and settle the dilemma arising in entities defined by democratic governance, participation and a collaborative spirit among its members.

This upswing is being accompanied by an incipient legal development that, from the autonomic level, shows an unequal treatment of these alternative techniques. Specifically, we have chosen Cataluña, País Vasco and Extremadura in our essay because they are the unique communities that till now have foreseen the application of these techniques as efficient ways of solving conflicts in the cooperatives entities. Consequently, they not only go on before the rest of Spanish country but also will lay the foundations for a vast camp of study about this sort of organizations.

KEY WORDS: Cooperatives, Arbitration, Mediation, Conciliation, Co-responsibility, Relationship, Conflict.

Econlit: J010, J170, J 520, J540.

SUMARIO

1. La perspectiva jurídica internacional y europea de las técnicas extrajudiciales de resolución de conflictos y su aplicación en las entidades cooperativas. 1.1. Alternative Dispute Resolution: mediación, conciliación ¿y arbitraje? 1.2. Cooperativas: Principio de co-responsabilidad. 1.3. Arbitraje, conciliación y mediación para la salvaguarda del cooperativismo. 2. Tratamiento normativo de la aplicación de las técnicas auto-compositivas en las cooperativas: el ordenamiento jurídico español. 2.1. Arbitraje cooperativo. 2.2. Conciliación cooperativa. 2.3. Mediación cooperativa. 3. Tres casos específicos: Cataluña, País Vasco y Extremadura. 3.1. Cataluña. 3.2. País Vasco. 3.3. Extremadura. 4. Conclusiones.

1. La perspectiva jurídica internacional y europea de las técnicas extrajudiciales de resolución de conflictos y su aplicación en las entidades cooperativas

Los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos son contemplados desde los ámbitos internacional y europeo de forma absolutamente abstracta y genérica, llegando casi al extremo de no poder hallar siquiera una referencia¹, directa o indirecta, a la aplicación en el contexto cooperativo de este tipo de técnicas.

Es por ello que a continuación procedemos al estudio paralelo de ambas instituciones, las cooperativas y las así denominadas “Alternative or Adequated Dispute

1. Desde el ámbito internacional podemos traer a colación la quincuagésima-sexta sesión del Comité Económico y Social de las Naciones Unidas, celebrada el 14 de mayo del año 2001, donde se elaboró un informe relativo a las “Cooperativas y el desarrollo social” en cuyo Anexo sobre el borrador de las orientaciones dirigidas a crear y fortalecer un ambiente propicio para el desarrollo de las cooperativas, se hacía alusión a que los Estados habrían de modular sus prácticas administrativas y judiciales en modo que éstas fuesen conformes y acordes a la legislación general sobre cooperativas –punto 13 del citado Anexo-.

Resolution”² –en adelante ADR-, con la finalidad de apreciar si existe identidad o no entre sus postulados y si, por tanto, es posible la utilización de éstas para resolver las disyuntivas surgidas en aquéllas.

1.1. Alternative Dispute Resolution: mediación, conciliación y arbitraje?

En lo que se refiere a las ADR, la Unión Europea ofrece un interesante acervo normativo³ y documental⁴ sobre la tipología, finalidades y características de los medios alternativos de resolución de conflictos si bien, como indicamos, entendidos en términos generales y no específicamente referidos a las cooperativas.

En concreto, en el Libro Verde de la Comisión sobre solución extrajudicial de conflictos en materia civil y mercantil, y en la Directiva 2008/52/CE sobre la mediación en asuntos civiles y mercantiles, se define a los ADR como “procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial (...)”⁵ que “están al servicio de la paz social”⁶. Puesto que a los mediadores y conciliadores no les está permitido tomar decisión alguna en el conflicto que se dirime, son las propias partes las principales responsables de emprender un proceso de aproximación que, lejos de presentarlas como enfrentadas, habrá de reconducirlas hacia la resolución del conflicto en el modo que “más se adapte a sus

2. La opción por una denominación u otra depende del momento histórico y el lugar en que acudamos a estudiarlas. Así, en Norteamérica estas técnicas se percibían en sus comienzos como *alternativas* al sistema judicial, y más adelante en su prolongada historia han pasado a considerarse medios *adecuados* para resolver conflictos. Sin embargo en Europa la terminología empleada que se ha mantenido responde a la primera etapa estadounidense. En este sentido, aunque refiriéndose exclusivamente a la mediación, se recomienda la lectura de Barona Vilar, S.: “La mediación: Mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en Etxeberría Guridi, J. F.: Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp.24-30.

3. Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, que regula ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, (DOL 24 mayo 2008, núm. 136).

4. Libro Verde presentado por la Comisión con fecha de 19 de abril de 2002 relativo a las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, COM(2002) 196 final.

5. Ib., pp. 6.

6. Libro Verde... op.c., pp. 9.

necesidades”⁷, “desempeñando un papel más activo para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les convenga”⁸. Es por ello que se las denomina técnicas autocompositivas, dado que son las partes enfrentadas las que han de hallar el camino para reparar la relación rota. De este camino se derivarán acuerdos cuyo cumplimiento será más probable en la medida en que ha sido voluntariamente elegido⁹. El enfoque consensual del conflicto que ofrecen las ADR incrementa para las partes la posibilidad de “preservar una relación amistosa”¹⁰ y de seguir manteniendo la relación o relaciones que las vinculaban. Por otro lado, se subraya la necesaria “flexibilidad de estas técnicas”¹¹, en el sentido de que, al ser producto de la voluntad de las partes, son ellas las que, de forma libre, han de decidir qué persona física o jurídica se encargará del proceso, han de determinar el procedimiento que vaya a seguirse, han de optar por participar personalmente o por hacerse representar durante el procedimiento y, por último, han de modular el resultado del mismo.

Estas premisas –o, más bien, su cumplimiento– han sido consideradas, desde la Unión europea, fundamentales para diferenciar mediación de conciliación, y para incardinarlas como técnicas alternativas para la resolución de conflictos¹², de manera que las ADR se identifican por la capacidad que posea la técnica de resolución en cuestión para auto-componer la relación rota. Es decir, sin injerencias externas. Qué grado de interposición, nos preguntamos, ha de tener la intervención de ese tercero para que el método compositivo pase de ser autónomo a heterónimo; o lo que es lo mismo, para que en lugar de incluirse la técnica en las ADR se circunscriba a las judiciales. A nuestro juicio sólo la figura del juez, como autoridad pública que actúa en ejercicio de las funciones que legalmente tiene atribuidas, puede dotar de heteronomía a la composición de un conflicto. Fuera de estos supuestos ninguna otra intermediación contamina la autocomposición, puesto que la resolución del conflicto proviene únicamente de

7. Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, en el apartado 6 de su Parte Expositiva.

8. Libro Verde... op.c., pp. 9.

9. Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, en el apartado 6 de su Parte Expositiva.

10. Ib.

11. Libro Verde... op.c., pp. 9.

12. Ib.

la voluntad de las partes, independientemente de que esta voluntad por aceptar la solución provenga de técnicas de aproximación de intereses que un tercero haya realizado.

Y, precisamente, la justificación aportada desde instancias europeas para denegar la consideración de ADR al arbitraje, en absoluto tiene que ver con el grado intervencionista del tercero, sino que se basa en otro motivo bien distinto, relacionado exclusivamente con la capacidad o no de la sentencia arbitral de “sustituir a la decisión de justicia”¹³. Este cambio de criterio, desde la libertad y voluntad de las partes para la autocomposición exigidos en la mediación y en la conciliación, hasta la fuerza vinculante y la capacidad ejecutiva del laudo arbitral, no hacía sino entorpecer¹⁴ las relaciones comunitarias *inter privatos*; lo cual ha sido salvado con la elaboración en el año 2010 de la propuesta de ordenación del arbitraje como mecanismo alternativo al proceso judicial en las bases de la futura reforma del Reglamento Bruselas I¹⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico el arbitraje se acepta doctrinalmente¹⁶ como técnica alternativa a la judicial, sin perder por ello su categoría de “vía de

13. *Ib.*, pp. 6.

14. De este sentir es Esplugues Mota, C.: “Mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de mediación de 2012” en Etxeberría Guridi, J. F.: Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp.75, donde, reflexionando sobre la armonización que en materia de mediación se ha producido a nivel europeo, auspicia un futuro próximo para el arbitraje cuya práctica, también extendida por todo el territorio de la Unión, está tintada a partes iguales de identidades y diferencias en los ordenamientos de los Estados miembros.

15. Comisión Europea: Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast), Bruselas 14 diciembre 2010, COM(2010)748 final 2010/0383 (COD). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=en&ihtmlang=en&lng1=en,es&lng2=bg,cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,g a,hu,it,lt,lv,mt,nl,pl,pt,ro,sk,sl,sv,&val=548494:cs>, visitada por última vez en enero de 2014.

16. Entre otros mencionamos aquí a Menéndez Valdés, J.: “Aplicación del arbitraje de Derecho Privado a la impugnación de acuerdos sociales en las cooperativas” en Estudios cooperativos, nº 10, 1966, pp. 46-51; Muñoz Vidal, A.: El arbitraje cooperativo, Caja rural provincial de Murcia, 1978, pp. 25-35; Carazo Liébana, M^a. J.: “Notas sobre la nueva legislación en materia de arbitraje cooperativo” en Revista de Estudios Jurídicos, nº 2, 1999, pp. 199-201; Merino Hernández, S.: Manual de Arbitraje Cooperativo Vasco, CSCE, 2001, pp. 76; Trujillo Díez, I. J.: “El arbitraje cooperativo: régimen legal y otras cuestiones”, en Estudios Jurídicos sobre Economía Social, Madrid, GEZKI- Marcial Pons, 2002, pp. 157-186. Reeditado en Revista Vasca de Economía Social, nº 1, 2005, pp. 13-43; Fernández Rojas, J. C.: “Arbitraje y Jurisdicción: Una interacción necesaria para la realización de la Justicia” en Revista Derecho Privado

primera clase hacia la justicia”¹⁷, al considerarse constituido por unos elementos que le permiten conservar y garantizar la autocomposición de los conflictos sin que la intervención del árbitro impida que las partes conserven la libertad de recomponer un espacio relacional perdido.

Cuáles son, cabría preguntarse, los elementos que integran el arbitraje incluyéndolo entre las ADR.

Pues, en primer lugar, su reconocimiento legal como una de las fórmulas de composición de conflictos entre las que las partes pueden optar para buscar y elegir un procedimiento que se ajuste verdaderamente al espíritu cooperador –y no de ruptura, más propio de los litigios judiciales¹⁸– que orienta su relación. En este sentido, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje conforme a la redacción introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, ordena que el sometimiento por las partes al arbitraje deba constar por escrito –artículo 9–, cuya inobservancia genera la nulidad¹⁹ de pleno derecho de ese acuerdo. De esta forma

y Constitución, nº 19, Enero-Diciembre, 2005, pp. 55-91; Martí Miravalls, J.: “El Arbitraje Cooperativo en la Legislación Española” en Revista de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, 2005, pp. 33-39; Unzueta, M.: “Una visión del arbitraje” en Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, nº 39, 2005, pp. 16-20; Argudo Pérez, J. L.: “Los sistemas no adversariales de resolución de conflictos en la legislación cooperativa autonómica” en Revista vasca de Economía Social, nº 2, 2006, pp. 105-107; Ordeñana Gezuraga, I.: “Más allá del arbitraje cooperativo: la mediación cooperativa. Sobre la necesidad de fomentarla en el ordenamiento jurídico español a la luz del Real Decreto-Ley 5/2012 de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles” en Revista Vasca de Economía Social, nº 8, 2012, pp. 112-116.

17. En este sentido se pronuncia Esplugues Mota, C.: “Mediación civil y mercantil...”, op. c., pp. 74, donde, al estudiar la mediación alude a la inclusión por parte de la Unión en el texto de la Directiva 2008/52, de las técnicas de ADR como mecanismos de primera categoría y no de segunda, para alcanzar la justicia. Es decir, no se consideran métodos peores que la vía judicial para garantizar a las partes su derecho a la tutela efectiva.

18. Muldoon, B.: El corazón del conflicto (Del trabajo al hogar como campos de batalla, comprendiendo la paradoja del conflicto como un camino hacia la sabiduría), Buenos Aires, Paidós, 1998, pp.62. Este autor señala que “el proceso legal es estructuralmente incapaz de abordar los motivos fundamentales del odio (...). La resolución de disputas requiere que las personas implicadas en el conflicto accedan a poner fin al mismo (...)”.

19. Respecto de la nulidad o anulabilidad del convenio arbitral se pronuncia Argudo Pérez, J. L.: “Algunos problemas de nulidad y eficacia del convenio arbitral cooperativo” en CIRIEC-España. Revista jurídica de economía social y cooperativa, nº 17, 2006, pp. 8.

se pretende garantizar la voluntad manifiesta de su elección y la conciencia clara, por las partes, de que optan por el arbitraje porque les permitirá retomar su relación que está en suspenso, no extinta. En este sentido, el convenio arbitral puede exteriorizarse, según profesa la doctrina más autorizada²⁰, por cuatro vías: a) mediante pacto individual y concreto de los litigantes; b) mediante la intermediación de la institución de administración del arbitraje; c) a través de la inclusión de una cláusula arbitral en algún instrumento de expresión de la voluntad societaria, como pueden ser los Estatutos de una sociedad cooperativa; y d) un acuerdo para-social, que sólo obligaría –en el caso de las cooperativas- a los socios que lo hubieran otorgado o consentido²¹. En estos dos últimos supuestos se plantea una importante problemática, puesto que el necesario carácter voluntario de la aceptación del arbitraje como técnica para resolver un conflicto podría verse truncada cuando el convenio arbitral se incorpora como una cláusula más en instrumentos contractuales –ese es el caso de los Estatutos cooperativos o los acuerdos para-sociales ut supra-. Por el hecho de que estén allí contenidos, cabría argumentar jurídicamente que vinculan a todos los socios perdiendo así su naturaleza opcional y voluntaria. La determinación de los sujetos afectados por el arbitraje no genera demasiada duda cuando el convenio arbitral es un acuerdo independiente y único. Sin embargo, cuando este convenio se incorpora a otros instrumentos –como es el caso de los Estatutos que planteamos- nacen importantes problemas de interpretación acerca de su capacidad para vincular a los socios presentes y futuros. Las discusiones jurisprudenciales y doctrinales que en este sentido existen se bifurcan. Una primera corriente entiende que el Estatuto societario cooperativista tiene valor de contrato de adhesión, de forma que los socios existentes y venideros, sencillamente aceptan lo allí previsto, no pudiendo

20. Respecto a qué sean los convenios arbitrales, la forma que pueden tener y su observancia por los socios cooperativistas presentes y futuros, se han pronunciado Samanes Ara, C. y Gaspar Lera, S.: “La anulación del laudo arbitral en la ley de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje” en *Revista del Poder Judicial*, nº 75, 2004, pp. 186-191; Carazo Liébana, M^a. J.: *El arbitraje societario*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp.102-107; Martí Miravalls, J.: “Convenio arbitral y conflictos cooperativos”, en *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 16, 2005, pp. 81-100 y Argudo Pérez, J. L.: “Algunos problemas de nulidad...” op. c., pp. 4-7.

21. Argudo Pérez, J. L.: “Algunos problemas de nulidad...” op. c., pp. 5.

negociar ningún extremo, incluido el de la cláusula de arbitraje²². La otra tendencia, con la que nos mostramos conformes, interpreta el contrato de sociedad como contrato asociativo de organización y colaboración²³, no de adhesión, y, por consiguiente, las partes han de expresar su voluntad de aceptarlo o no en el momento concreto en que se produzca el conflicto. Por lo tanto sólo estarían obligadas las partes a someterse si así se acordara expresamente llegado el caso, y no por la asociación a la cooperativa en cuyos estatutos se contemple el arbitraje como mecanismo de resolución de contiendas. De este modo se preservaría uno de sus rasgos más distintivos: el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes para componer un conflicto sin injerencias externas.

Otro aspecto que puede ayudarnos en la clasificación de esta institución como método de ADR, es el relativo a las materias susceptibles de arbitraje, las cuales han de observar como límite “las cuestiones no sometidas a su decisión” (artículo 41.1.c) Ley 60/2003 de Arbitraje). Es decir, sólo lo que las partes hayan decidido vincular al arbitraje. Qué sucedería, cabría preguntarnos, si en el convenio arbitral las partes incluyeran un ámbito y llegado el momento en que surgiera el

22. En este sentido se pronuncia la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en dos sentencias de 13 de diciembre de 2004 y 20 de diciembre de 2004, en recursos de casación para unificación de doctrina instados por una Cooperativa de Trabajo Asociado, motivados por la baja obligatoria y consecuente despido de una socia-trabajadora. Lo más llamativo de las sentencias reseñadas es que, aun partiendo de esta base, la conclusión a la que se llega es idéntica a la postura doctrinal que discute su razonamiento. Así, las resoluciones entienden que, aunque el Estatuto cooperativo es un contrato de adhesión, las partes pueden, llegado el momento del conflicto, ratificar o contradecir su sometimiento al arbitraje “(...Tales imposiciones de los Estatutos, no negociables, permiten el acceso al arbitraje siempre que, surgida la controversia, ambas partes decidan someterse a ese preciso modo de resolución, pero en modo alguno puede estimarse que supone el voluntario y anticipado sometimiento al procedimiento arbitral por el mero hecho de ser socio de la cooperativa...)”.

23. De este sentir son Carazo Liébana, M^a. J.: El arbitraje..., op. c., pp. 104 y, con anterioridad, Gete-Alonso y Calera, C.: “La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje”, La Ley, vol. 2, 1990, pp. 1041, en donde, aun a pesar de referirse a la anterior Ley de Arbitraje, el autor llega a la conclusión –que puede perfectamente encajar en la actualidad- de que el “convenio arbitral es un negocio propio que, cuando toma como objeto una relación jurídica determinada, queda ligado de forma necesaria a la misma”. Esta ligadura es la que provoca que aparezca como una cláusula o artículo más del Estatuto pero no por ello ha de recibirse y cumplirse sin un acto expreso o tácito de aceptación posterior a aquel de la vinculación con la cooperativa. También es curiosa la postura que al respecto de las ADR, concretamente de la mediación, adopta Barona Vilar, S.: “La mediación...” op. c., pp. 27, al indicar que el hecho de que se comine a su utilización –la de las ADR- desde los juzgados y con anterioridad a la puesta en marcha del aparato judicial, puede desvirtuar su origen.

conflicto sobre ese mismo aspecto, una de las partes, o las dos, se negaran a acudir al arbitraje por un cambio en su voluntad -desdiciéndose de lo pactado-, o por no sentirse vinculadas al haber sido pactado por otros -como sucede con el Estatuto cooperativo y los socios futuros, por ejemplo-. La respuesta sería permitir la renuncia entendemos, puesto que, de lo contrario, quebraría la autonomía de la voluntad al permitirse injerencias externas provenientes, en el primer caso, de la obligación de un acuerdo previamente pactado fuera del contexto conflictual, o, en el segundo caso, de un acuerdo en el que las partes sencillamente no intervinieron. Si la pregunta se refiriese a materias no incluidas en el convenio arbitral pero que no excedieran la esfera de los derechos disponibles, también cabría una respuesta afirmativa siempre que las partes aceptaran, en el momento del surgimiento del conflicto, su remisión al arbitraje. Respetando este límite, por tanto, es la exclusiva voluntad de las partes, la que determina las materias susceptibles de arbitraje, y no el criterio del orden público²⁴, cuya transgresión siempre y en todo lugar, sin necesidad de que estemos estudiando las ADR, generaría la nulidad radical del convenio y de las actuaciones. Aunque sea adelantarnos a nuestro propio trabajo, resulta importante señalar aquí que, en el ámbito cooperativo, para garantizar la libertad de las partes a decidir qué cuestiones serán sometidas a arbitraje, se aconseja²⁵ una formulación amplia de los convenios arbitrales, de forma que “permitan recoger genéricamente todas las materias (...) vinculadas materialmente con la relación”²⁶ que se pretenda someter a esta institución.

El tercero de los elementos que permiten defender la clasificación del arbitraje entre las técnicas de ADR es la libertad reconocida a las partes para elegir de mutuo acuerdo al árbitro intermediador -artículo 15.2 Ley 60/2003-. Con su nombramiento se exterioriza el compromiso de los litigantes a aceptar su decisión y a integrarla como solución voluntaria y conjuntamente buscada. Se pone de manifiesto así que, la única injerencia permitida por las partes, es la de aquél a quien ellos han estimado capaz de reabrir un espacio relacional temporalmente

24. Gaspar Lera, S.: *El Ámbito de Aplicación del Arbitraje*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 154. Más actual es el trabajo de Argudo Pérez, J. L.: “Algunos problemas de nulidad...”, op. c. pp. 15-18.

25. En este sentido se pronuncian Trujillo Díez, I. J.: “El arbitraje...” op. cit., pp. 40-45 y Carazo Liébana, M^a. J.: *El arbitraje...* op. c. pp. 46.

26. Argudo Pérez, J. L.: “Algunos problemas de nulidad...” op. c., pp. 4.

cerrado. No se violenta la relación ni se impone la solución, se decide buscar ayuda en un tercero que, interactuando en pie de igualdad con las partes, les permita reencontrarse.

Y, en cuarto lugar, la norma ordena que sean las partes las que convengan la forma en que haya de intervenir ese tercero. Ello permite defender que el grado de intrusión del agente externo es mínimo, puesto que la intervención del árbitro no viene impuesta sino concordatariamente organizada y, por tanto, voluntariamente aceptada. En este sentido, las partes pueden, de común acuerdo, modular el proceso, decidir el lugar, el idioma, la forma de actuación del árbitro –artículos 25 a 30-, e incluso el contenido del laudo –artículo 15 apartados 1º y 2º-. Todo ello redunda en manifestar voluntad de cooperación e interés por reavivar el vínculo relacional desde la propia reactivación de la interacción.

Podría concluirse, sin apenas dudas, que el arbitraje es una técnica de ADR. Y ello en la medida en que el criterio para decidir su inclusión sea el grado de heteronomía en la composición de un conflicto. Concretamente el arbitraje posee unas notas definitorias que confieren un papel primordial a los sujetos implicados en la disputa, hasta tal punto que, sólo a partir de su propia voluntad, pueden abrirse espacios para el diálogo y la cooperación interpersonal y, facilitarse la conciliación de intereses, que, habiendo sido distintos pero complementarios, en un determinado momento se han alejado formulándose como contrapuestos. Es ésta la escisión que los ADR, -y también por tanto el arbitraje-, tratan de salvar, presentándose como procedimientos que dan una solución desde la propia relación en que han surgido los conflictos.

1.2. Cooperativas: Principio de co-responsabilidad

Por su parte las cooperativas²⁷ pueden considerarse instituciones producto de la voluntad del hombre por colaborar entre sí, mediante la puesta en común de capital, medios de producción y trabajo. Son, por tanto, una manifestación

27. La definición de cooperativa ofrecida por la Alianza Cooperativa Internacional reza de la siguiente forma: “Una cooperativa es una asociación autónoma de personas que se han unido voluntariamente para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes por medio de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente controlada”. <http://www.aciamerica.coop/-Principios-y-valores->.

de la intención del ser humano de controlar e influir en el curso de los acontecimientos de su vida, en la política, en la economía y en la justicia social²⁸, haciendo frente a sus necesidades y aspiraciones desde unos valores y principios compartidos, los cuales han sido identificados por la Alianza Cooperativa Internacional (ACI en adelante) como Principios Cooperativos Universales.

De entre tales principios querríamos subrayar aquí el referente a la *responsabilidad* que aceptan quienes deciden ser miembros de la cooperativa. A nuestro juicio este valor –considerado también principio por la ACI–, encierra en sí al resto puesto que, a través suyo, los socios cooperativistas se otorgan y se exigen un papel activo en la observancia de lo que supone pertenecer a la cooperativa. Así, la responsabilidad es más bien *co-responsabilidad*, en la medida en que existe entre los socios, así como de ellos para con la cooperativa y para con el movimiento cooperativo. Esta co-responsabilidad se materializa fomentando a ambos –a la propia cooperativa y al movimiento cooperativista– mediante el empleo de fórmulas que, en general, respeten la filosofía intrínseca en los valores y principios relacionados con las ideas de la participación activa en la gestión de la cooperativa, la paridad entre los socios y, en fin, la gobernanza democrática.

La responsabilidad de ser socio cooperativo, por consiguiente, consistiría en la voluntad genuina de asumir y plasmar el *espíritu de cooperación* que motivó la formación de la empresa cooperativa y al que tanta alusión hacen los textos comunitarios aprobados hasta ahora sobre Sociedades Cooperativas Europeas –el Reglamento 1435/2003 en su Parte Expositiva, y la Directiva 2003/72/CE en su artículo 4, apartado 1 y en el artículo 11–. De manera que ese espíritu de cooperación, entendido como co-responsabilidad –o responsabilidad compartida– y voluntad intrínseca de los socios cooperativistas –y por tanto del cooperativismo–, no solo ha de orientar el comportamiento del socio para con la entidad, sino la relación –en sus buenos y en sus malos momentos– con los demás socios. Puesto que su desvanecimiento, la desaparición del espíritu de cooperación, generaría el alejamiento sea del socio, sea de la entidad, de una comunidad con la que no se comparten ya principios ni valores.

En esta dinámica de preservar y fomentar el espíritu de cooperación entre socios y sociedades, podrían jugar un papel importante las ADR en la medida en

28. González, J. y Coquies, U.: “Las cooperativas y sus prácticas de resolución de conflictos desde el enfoque cualitativo” en Revista Latinoamericana de Metodología de la Investigación Social, N° 2, Año 1, Argentina, 2012, pp. 45.

que es finalidad suya, como se ha señalado líneas atrás, recomponer la relación a partir de la misma relación otorgándosele un rol crucial a las propias partes. Es por ello que el siguiente apartado se dedica a analizar el encaje jurídico del cooperativismo con las técnicas alternativas de resolución de conflictos.

1.3. Arbitraje, conciliación y mediación para la salvaguarda del cooperativismo

Durante los momentos felices o fáciles del cooperativismo –ya sea en su dimensión *ad intra* (entre los socios y entre otras sociedades cooperativas) o en su vertiente *ad extra* (entre la cooperativa y la comunidad)- es sencillo pensar en el espíritu de cooperación y la co-responsabilidad. Sin embargo no resultan tan practicables cuando hacen su aparición los problemas y las complejidades, más profundos si cabe en el ámbito cooperativo²⁹ por la necesidad básica de compartir principios y valores. Justo en estos períodos es cuando más frágil se hace la voluntad y el espíritu de cooperación puesto que, frente a determinadas situaciones, el surgimiento de posturas distintas, incluso antagónicas, a lo esperado –a lo deseado o a lo debido- puede derivar en la ruptura de la relación sea del socio cooperativista con otro socio y/o con la cooperativa, sea la de la cooperativa con otra u otras, o de esta con la comunidad en que se inserta.

En este sentido, y para evitar una quiebra absoluta del vínculo relacional, han de emplearse técnicas que, preservando la dinámica intrínseca del cooperativismo, permitan devolver al estado originario la situación surgida. Habrán de ser mecanismos, por consiguiente, que participen de esa dinámica, caracterizada por la flexibilidad del procedimiento, por la paridad, y por la responsabilidad de las partes en la autocomposición del conflicto. Por ello consideramos idónea la aplicación de los ADR, debido a que su propia configuración permitiría que los sujetos, cuyos intereses están en conflicto, asumieran un rol activo en afrontar los desequilibrios presentados, creando un nuevo orden y una nueva realidad social, que luego se verá reflejada en la permanencia, desarrollo y florecimiento de la institución cooperativa³⁰.

29. En este sentido se pronuncia Ordeñana Gezuraga, I.: “La mediación en el ámbito de las cooperativas: la extensión del espíritu cooperativo a la resolución de sus conflictos” en Etxeberría Guridi, J. F.: Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos? Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 144.

30. *Ib.*, pp. 47.

Esta doble labor de interpretación y reflexión que hemos tratado de realizar en este apartado se trasladada al epígrafe siguiente en el que la normativa abordada –circunscrita al ámbito nacional y autonómico español- ofrece algunos datos más respecto al modo en que los conflictos surgidos en las cooperativas pueden resolverse desde los ADR observando los principios cooperativos y fomentando el espíritu de cooperación.

2. Tratamiento normativo de la aplicación de las técnicas auto-compositivas en las cooperativas: el ordenamiento jurídico español

La publicación desde la Unión Europea, en el año 2002, del Libro Verde sobre Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos y la posterior aprobación de la Directiva Marco sobre Mediación (Directiva 2008/52/CE), han contribuido de forma clara a que en nuestro ordenamiento jurídico se hayan desarrollado y fomentado los ADR, si bien específicamente los referidos a la mediación y conciliación, mediante la aprobación de normas como la Ley 5/2012 de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles³¹. Y esta misma onda expansiva podría, de alguna forma, haber alcanzado al cooperativismo, sea en su vertiente normativa, sea en la práctica.

En este sentido puede observarse cómo la normativa española –especialmente la autonómica- paulatinamente ha sumado la conciliación y la mediación al arbitraje³², la única fórmula extrajudicial de resolución de conflictos empleada en nuestro país hasta hace algunos años³³ en el contexto cooperativo.

31. Publicada en el BOE nº 162 de 7 de julio de 2012. Esta norma ha sido objeto de abundantes estudios y ensayos como los realizados por Ordeñana Gezuraga, I.: “Más allá del arbitraje cooperativo...”, op. c., pp. 111-141, desde el que se propone a la mediación cooperativa como técnica de resolución de conflictos especialmente encuadrable y respetuosa con los valores y principios identificadores de estas entidades. Por ello el autor mantiene que es un buen momento para fomentar esta técnica aprovechando la seguridad jurídica que le otorga la aprobación de esta norma.

32. Regulado por Ley 11/2011, de 20 de mayo (BOE nº 121, de 21 de mayo) que modifica a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre que a su vez derogó a la anterior Ley 36/1988.

33. Trujillo Díez, I. J.: “El arbitraje cooperativo...” op. c., pp. 157-162.

Concretamente, la ordenación de algunos de los ADR en el cooperativismo español se realiza a través de la Ley de Cooperativas 27/1999, de 16 de julio³⁴, en donde como técnicas de resolución de conflictos sólo se mencionan expresamente el arbitraje –Disposición Adicional 10ª– y la conciliación –artículo 120.c)³⁵–.

La Ley 27/1999 surge para dar respuesta al apartado 2 del artículo 129 CE desde el que se ordena a los poderes públicos el fomento de las sociedades cooperativas, mediante la ordenación de un cauce adecuado que canalice las iniciativas colectivas de los ciudadanos “que desarrollen actividades generadoras de riqueza y empleo estable en armonía con las exigencias del mercado”³⁶. El llamamiento que se hace a los poderes públicos no encuentra referencia directa en los artículos 148 y 149 de la CE destinados a organizar el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por ello las autonomías han aprovechado esta, tal vez buscada, laguna jurídica o “silencio cómodo”³⁷, para organizar normativamente sus propias realidades cooperativas que, con base en el artículo 148.1.13ª CE, han sido incardinadas como una de las formas de fomentar el desarrollo económico en sus respectivos territorios.

Esto justifica que la Ley 27/1999 de Cooperativas se aplique de forma directa cuando se trate de entidades radicadas en Ceuta, Melilla o cuando desarrollen sus funciones simultáneamente en el territorio de varias Autonomías³⁸. Por el contrario su aplicación será supletoria³⁹ respecto de la normativa autonómica cuando las cooperativas estén radicadas en el territorio de una única Comunidad,

34. BOE nº 170, de 17 de julio, la cual será parcialmente modificada en lo que se refiere al régimen asociacionista, por lo contenido en el todavía Proyecto de Ley de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario, publicado en el BOCG nº 38, de 15 de febrero de 2013.

35. Con anterioridad, la Ley General de Cooperativas 3/1987, de 2 de abril, ya mencionaba la posibilidad de acudir a estos modos de resolución de conflictos en su artículo 161.1.

36. Exposición de motivos de la Ley 27/1999, de 16 de julio.

37. Pantaleón, F.: “Análisis crítico del reglamento arbitral del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi”, IV Encuentros Cooperativos de la Universidad del País Vasco, 1991, pp. 57; Merino Hernández, S.: “Administración Pública y sociedades cooperativas: el caso vasco”, 1999, pp. 115; y, en similar opinión, Martí Miravalls, J.: “El arbitraje cooperativo...”, op. c., pp. 49.

38. En este apartado no estudiaremos la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio social en España, sino exclusivamente a las cooperativas íntegramente españolas sin elementos de internacionalidad.

39. Argudo Pérez, J. L.: “Los sistemas no adversariales...”, op. c., pp. 109.

o bien, cuando se trate de cooperativas que, a pesar de actuar en los territorios de varias Comunidades Autónomas, realicen su actividad principal exclusivamente en una de ellas –artículo 2-.

Ahora bien, en lo que respecta al tratamiento jurídico que desde la Ley 27/1999 se otorga a las técnicas de resolución extrajudicial de conflictos, o al menos a dos de ellas, hemos de subrayar su parca regulación, aun a pesar de las ventajas sociales y crematísticas⁴⁰ que, para las cooperativas y para el entero sistema judicial, tendría la eficiente aplicación de estos métodos de composición.

2.1. Arbitraje cooperativo

La ordenación del *arbitraje cooperativo*⁴¹, contemplada en la Disposición Adicional 10ª de la Ley 27/1999, sólo prevé las materias que podrán ser dirigidas a través suya y los sujetos legitimados para acudir a tal institución, de manera que, en todo lo demás, deberá aplicarse de forma supletoria la Ley 60/2003 de Arbitraje.

Así, las materias objeto de arbitraje cooperativo serán aquellas que, en general, “puedan plantear problemas en las cooperativas, aun en período de liquidación”. Esto es, discusiones que, estando en vigor el vínculo societario, versen sobre temas de interés para la entidad y sus socios, presentando como límite aquellas cuestiones no previstas expresamente en el convenio arbitral. El criterio del orden público⁴² como límite no puede dejar de observarse porque su transgresión, siempre y en todo lugar, -sin necesidad de que estemos estudiando el arbitraje cooperativo-, generaría la nulidad radical del convenio y de las actuaciones arbitrales. Al respecto de estos límites, se aconseja desde diversos sectores doctri-

40. Martí Miravalls, J.: “Convenio arbitral...”, op. c., pp. 78, y también Barona Vilar, S.: “La mediación...”, op. c., pp. 29.

41. Un intento de definición y deslinde del arbitraje cooperativo, frente al arbitraje a secas, se ha realizado por Martí Miravalls, J.: “El arbitraje cooperativo...”, op. c., pp. 45, donde el autor estima que la conceptualización de arbitraje cooperativo ha de obedecer, no tanto a que para resolverse se empleen exclusivamente normas y principios cooperativos, sino a que “el objeto del mismo, esto es, las materias que pueden ser sometidas a este tipo de arbitraje, serán todos aquellos conflictos que versen sobre materias de libre disposición y que además revistan interés cooperativo”.

42. Véase nota al pie nº 24 de este trabajo.

nales⁴³ que su formulación –la del convenio- sea lo suficientemente amplia como para que “permita recoger genéricamente todas las materias (...) vinculadas materialmente con la relación cooperativista”⁴⁴. Ahora bien, la previsión de estas cuestiones ha de hacerse, como indicamos, en el convenio arbitral, el cual, conforme al artículo 9 de la Ley 60/2003, ha de constar por escrito so pena de nulidad radical⁴⁵, ya sea como pacto independiente entre los litigantes, como cláusula integrada en el Estatuto cooperativo, o incluso, como acuerdo para-social posterior al propio Estatuto. Ante la duda de qué sucedería si en el convenio arbitral las partes incluyeran un ámbito y, llegado el momento en que surgiera el conflicto sobre ese mismo aspecto, una de las partes, o las dos, se negaran a acudir al arbitraje, la respuesta debería ser permitir la renuncia. Entendemos que, de lo contrario, quebraría la autonomía de la voluntad al permitirse injerencias externas. Estas provendrían de la obligación de un acuerdo previamente pactado y fuera del contexto conflictual o, de un acuerdo en el que las partes sencillamente no intervinieron porque fueron otros quienes lo pactaron –caso de los Estatutos cooperativos o los acuerdos para-sociales-. Si la pregunta se refiriese a materias no incluidas en el convenio arbitral pero que no excedieran la esfera de los derechos disponibles, también cabría una respuesta afirmativa siempre que las partes aceptaran, en el momento del surgimiento del conflicto, su remisión al arbitraje.

Por otro lado, el arbitraje cooperativo está previsto que se emplee cuando se trate de discrepancias surgidas en las relaciones *ad intra* de la sociedad cooperativa. Por ello se hace alusión a los problemas nacidos entre el Consejo Rector o los apoderados, el Comité de Recursos y los socios, entre ellos mismos, o entre ellos y los órganos cooperativos. Si bien ninguna referencia se incluye a si esos socios son los presentes y no los futuros o si estos también se ven afectados y en qué grado. En este sentido, la Ley 60/2003 tampoco realiza ningún esfuerzo aclarador, de manera que son la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de arrojar luz sobre este agujero negro. Y, al respecto, se adoptan dos caminos bien distintos ya comentados en este trabajo. Uno de ellos es el que interpreta el Estatuto coope-

43. Véase nota al pie nº 25 de este trabajo.

44. Argudo Pérez, J. L.: “Algunos problemas de nulidad...” op. c., pp. 4.

45. Véase nota al pie nº 19 en este trabajo.

rativo como un contrato de adhesión en el que el convenio arbitral vincula sin distinción, como el resto de cláusulas que lo componen, a socios presentes y futuros. El otro, con el que nos mostramos más afines, entiende que el Estatuto es un contrato de organización de la sociedad en el que las partes son libres de asumir o renunciar al arbitraje llegado el momento del conflicto, puesto que es una técnica alternativa, no impuesta. De este modo se preservaría uno de sus rasgos más distintivos: el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes para componer un conflicto sin injerencias externas.

Las referencias contenidas en la DA 10ª de la Ley 27/1999 sobre los sujetos vinculados al arbitraje cooperativo, son en realidad un eco de lo que viene siendo tradición en la normativa española de conflictos en el cooperativismo⁴⁶. Y, tanto antes como ahora, se elimina de raíz una amplia gama de interacciones –las relaciones *ad extra* de la cooperativa con otras cooperativas, federaciones y confederaciones, y la propia comunidad en que se inserta- a través de las cuales podría reproducirse ampliándose la técnica de auto-composición, con las beneficiosas repercusiones ya citadas –voluntad de resolución del conflicto, aceptación y querencia de la resolución, verdadera participación de las partes en el proceso de reconstrucción de la relación y genuinidad en la voluntad integradora de los principios cooperativos-.

Silencio guarda la Ley 27/1999 estatal de Cooperativas también al respecto de quién pueda ser el árbitro, quiénes están legitimados para elegirlo, el modo en que haya de modularse el proceso, el lugar, el idioma, la forma de actuación del árbitro y el contenido y eficacia jurídica del laudo. Extremos estos que sí han sido ordenados por la Ley 60/2003 de Arbitraje, concretamente en los distintos apartados que componen su artículo 15, el cual resulta de aplicación directa. En el apartado segundo de este precepto se indica que las partes han de elegir, de mutuo acuerdo, al árbitro intermediador, permitiéndose con este nombramiento la exteriorización de su compromiso a aceptar la decisión del tercero y a integrarla como solución voluntaria y conjuntamente buscada. De este modo, al no imponerse la solución ni al tercero que ha de procurarla, trata de preservarse la dinámica relacional cooperativa, permitiendo que las partes busquen la vía y a la persona que, merecedora de su confianza y en pie de igualdad, les permita reencontrarse.

46. En este sentido Martí Miravalls, J.: “El arbitraje cooperativo...”, op. c., pp. 33-40.

Son las partes también las que conciertan la forma en que haya de intervenir el árbitro –artículo 15.3-. Ello permite defender que el grado de intrusión del agente externo es mínimo, puesto que su injerencia no viene impuesta sino concordatariamente organizada y, por tanto, voluntariamente aceptada. En este sentido, las partes pueden, de común acuerdo, modular el proceso, decidir el lugar, el idioma, la forma de actuación del árbitro –artículos 25 a 30-, e incluso el contenido del laudo –artículo 15 apartados 1º y 2º-. Todo ello redundará en manifestar voluntad de cooperación e interés por reavivar el vínculo relacional desde la propia reactivación de la interacción.

Es sentir común de la doctrina⁴⁷ que la postura adoptada por las dos normas estatales citadas aquí, basada en la ordenación a grandes rasgos y sin minuciosidades del arbitraje cooperativo –una competencia esta que, recordemos, es de atribución exclusiva estatal conforme al artículo 149.1.6ª CE y a la STC 15/1989 que lo interpreta-, se debe a una querida y consciente salvaguarda de lo regulado desde el nivel autonómico. Estas leyes refunden, pues, las reglas que sobre arbitraje cooperativo existían y existen en las normas de las CC.AA., contribuyendo así a dar seguridad jurídica a esta institución. Por ello, para comprender en profundidad el modo en que se articula jurídicamente el arbitraje cooperativo e indagar sobre si pueden identificarse los valores cooperativos con las finalidades de las ADR, habremos de descender al estadio normativo autonómico.

2.2. Conciliación cooperativa

La *conciliación cooperativa*, por su parte, está contemplada en el artículo 120.c) de la Ley 27/1999 desde donde se prevé que sean las uniones, federaciones o confederaciones de cooperativas las que desempeñen labores de conciliación respecto de los conflictos surgidos entre las cooperativas que se asocien, o entre éstas y sus socios, siempre que esté en vigor el vínculo societario aun en período de liquidación, se entiende, puesto que en sentido contrario nada se ordena. Es interpretable, además, que la conciliación es una medida a la que podrán dirigirse, por extensión, los órganos rectores preceptivos y los potestativos cuando los conflictos nazcan entre los órganos de la misma cooperativa, entre los órganos propios y los de otras cooperativas asociadas, federadas o confederadas, o entre

47. *Ibidem*, pp. 39.

los órganos propios y los órganos rectores de la unión. De igual forma la conciliación serviría para dirimir controversias aparecidas entre los socios de una de las cooperativas, entre ellos y los órganos rectores de su cooperativa, entre ellos y los socios de cualquier otra de las cooperativas de la asociación, entre ellos y los órganos rectores de otra cooperativa de la asociación, o entre ellos y los órganos rectores de la nueva federación, unión o confederación. El principal problema se plantea, sin embargo, respecto al modo en que se organizarán y constituirán los órganos de la unión, federación o confederación encargados de conocer de estas controversias empleando la conciliación. Esto es, sí que prevé, a diferencia de lo que sucedía con el arbitraje, que se sometan a conciliación las discrepancias surgidas en relaciones *ad intra* y *ad extra*, si bien estas últimas limitadas al ámbito del cooperativismo, no respecto de la comunidad en que se ubiquen las entidades.

Ninguna referencia se hace, sin embargo, a las materias susceptibles de conciliación, los sujetos que pueden acogerse a este método, la forma de la previsión del sometimiento, los requisitos para ser conciliador, el modo en que haya de procederse a la conciliación, los efectos del convenio, y un largo etcétera que nos obliga a dirigirnos al ámbito autonómico para estudiar la configuración normativa de esta técnica de ADR y sus implicaciones para con el cooperativismo.

2.3. Mediación cooperativa

A pesar de las importantes carencias que pueden detectarse en las normas estatales que ordenan el arbitraje y la conciliación en el ámbito cooperativo, la situación de la *mediación*⁴⁸ era todavía más precaria puesto que las normas estatales sobre cooperativas –pasadas y presente- no le dedican ni uno de sus preceptos. Significa ello, cabría plantearse, que las cooperativas reguladas por la norma estatal no pueden acogerse a la mediación. A nuestro juicio la respuesta debería ser negativa. El silencio que guarda la norma no puede interpretarse como prohibición, sino todo lo contrario, en virtud del axioma “*qui tacet consentire videtur*”⁴⁹.

48. No ha habido intentos por parte de la doctrina de identificación de la mediación cooperativa como especie del género que es la mediación a secas, pero sí tentativas de definición. En este sentido Ordeñana Gezuraga, I.: “La mediación en el ámbito de las cooperativas...”, op. c., pp. 156.

49. El que calla, otorga.

Por ello, la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵⁰, ha supuesto un importante paso adelante para comenzar a utilizar esta otra técnica de resolución de conflictos en el ámbito cooperativo. Y es que su preterición se ha debido a la inexistencia de una tradición jurídica⁵¹ clara en nuestro país, y no a que haya sido dudosa su compatibilidad con los principios y los valores de la esfera societaria cooperativista, como se verá más adelante.

De forma idéntica a lo que sucedía con el arbitraje, la Ley 5/2012 de Mediación podrá ser aplicable en el ámbito cooperativo de forma supletoria, si bien la generalidad de sus preceptos exige una mayor concreción que, lejos de venir de la mano de un desarrollo reglamentario, proviene de la normativa autonómica más evolucionada como tendremos ocasión de comprobar.

La causa que justifica esa ordenación básica y común es el origen de la propia norma. Se trata de una ley nacida de la transposición de una Directiva comunitaria, la Directiva 2008/52/CE que, a la vez, había sido prevista en el Libro Verde sobre de la Comisión sobre solución extrajudicial de conflictos en materia civil y mercantil del año 2002. Su finalidad, la de la Directiva, como está previsto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), es la de coordinar las políticas de los Estados miembros, sin llegar a la armonización. Y, en este caso concreto de la mediación, la Directiva 2008/52 trata de lograrlo abordando aspectos nucleares como la voluntariedad, la ejecutabilidad del acuerdo mediador, la confidencialidad, los períodos de prescripción y caducidad, así como su paralización, la formación de los mediadores y la publicidad de la propia institución⁵².

Ahora bien, el modo en que se ha transpuesto la Directiva a nuestro ordenamiento ha generado no pocas críticas negativas por parte de diversos sectores doctrinales que, si bien alaban el hecho de contar con una primera norma estatal

50. BOE nº 162, de 7 de julio de 2012.

51. Argudo Pérez, J. L.: "Los sistemas no adversariales de resolución de conflictos...", op. c., pp. 108.

52. Respecto al acierto o no de los términos en que se ha pronunciado la Directiva 2008/52 y de los temas acotados Billiet, Ph. y Kurlanda, E.: "An Introduction to the Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters" en A. I. A. (ed): *The New EU Directive on Mediation. First Insights*, Maklu, Apeldoorn, 2008, pp. 15-18.

sobre mediación, denuncian el que nuestro legislador no haya sabido dar una respuesta adecuada a las lagunas y generalidades que de suyo la Directiva posee⁵³. Y una de las materias no mencionadas siquiera es, justamente, la cooperativa, perteneciente a la esfera mercantil⁵⁴ que, contradictoriamente, trata de aunarse desde la norma europea.

Cómo han de articularse, por tanto, ambas normas, la Ley 27/1999 de Cooperativas y la Ley 5/2012 de Mediación. Pues la respuesta pasaría por el principio de complementariedad, como se ha indicado anteriormente, si bien esta ha de ser no solo horizontal sino también vertical. Es decir, la Ley 5/2012 de Mediación suplementa tanto a la Ley estatal de Cooperativas –horizontalidad– como a las normas autonómicas que, sin competencia legislativa– ordenen la mediación, sea en el ámbito civil o en el mercantil y, por tanto también, en el cooperativo –verticalidad–. Por ello, para profundizar en la temática que nos ocupa, relacionada con la adecuación entre los principios cooperativos y las ADR, hemos de dirigirnos a la regulación autonómica que al respecto exista. Sin embargo, antes de proceder al análisis de la normativa regional, es preciso puntualizar qué aspectos concretos han sido ordenados desde el nivel estatal en materia de mediación.

En este sentido, la Ley 5/2012, alude –amén de las debidas referencias a los conflictos transnacionales– a los principios que imbuyen la mediación, el estatuto de las partes –incluido el mediador–, el procedimiento que ha de seguirse, los efectos del acuerdo y su eficacia jurídica.

Respecto de los principios que informan la mediación, la norma hace especial referencia a la voluntariedad, la libre disposición y la igualdad de las partes –artículo 6–, los cuales nos recuerdan que esta institución se ubica en el ámbito estrictamente privado del ser humano, regido por la autonomía de la voluntad. Cabría, entonces, su imposición a socios presentes y futuros por parte de instrumentos como los Estatutos cooperativos o los acuerdos para-sociales. Pues la respuesta a todas luces debería ser negativa para mantener la lógica en que se mueven estos principios y para preservar la esencia de esta técnica de resolución

53. En este sentido se pronuncia Esplugues Mota, C.: “Mediación civil y mercantil...”, op. c., pp.109-110.

54. Si se tratara de una sociedad laboral también podría ser de aplicación esta norma, según la conclusión de Ordeñana Gezuraga, I.: “La mediación en el ámbito de las cooperativas...”, op. c. pp. 154.

de conflictos⁵⁵. Por consiguiente, el socio, una vez surgido el conflicto, debe aceptar o renunciar expresamente a su sometimiento, independientemente de que esté previsto lo contrario en los Estatutos de la cooperativa o, incluso, en un acuerdo firmado *ad hoc* por él mismo en un momento distinto a aquel en que la disputa estalla. Por ello, en el artículo 19 de la Ley 5/2012, se indica concretamente que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación en la sesión donde se constituya, esto es, han de confirmar o no su sometimiento puesto que cualquier acto de aceptación o renuncia a la mediación, anterior al nacimiento del conflicto, sólo es indiciario de la verdadera voluntad. De este modo se reconoce y otorga a las partes un papel muy activo que hace de la *colaboración* entre ellas y con el mediador, no solo un *espíritu o valor* –como se indica en la Ley 27/1999 de Cooperativas- sino un *deber* –artículo 10.3 de la Ley 5/2012-. La mediación “pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes”⁵⁶, o lo que es lo mismo, dar una solución desde la propia relación, sin intermediarios que deformen el vínculo originario sino que contribuyan a reconstruirlo para mantenerlo, abriendo un espacio de diálogo que en algún momento se había cerrado.

Por ello la única función del mediador es, -conforme al contenido de los artículos 11 a 14 de la Ley 5/2012-, la de ayudar a encontrar o a redescubrir una solución voluntariamente querida por las partes. Por eso actúa *intra partes*, no *supra partes*. En este sentido se apreciaría cómo el espíritu de cooperación que motivó al socio cooperativista a constituir la cooperativa formando parte activa en su gobernanza y que, por el devenir de lo cotidiano se hubiera debilitado, se fortalecería a través del papel participativo y componedor que la mediación hace renacer en los socios enfrentados. Cabría utilizar la mediación –nos planteamos-, además

55. Barona Vilar, S.: “La mediación...”, op. c., pp. 27, indica que el hecho de que se conmine a su utilización, desde los juzgados y con anterioridad a la puesta en marcha del aparato judicial, puede desvirtuar el origen de la mediación. Del sentir contrario es Ordeñana Gezuraga, I.: “La mediación en el ámbito de las cooperativas...”, op. c., pp. 161-162, al entender que la pérdida de libertad que supone para las partes la obligación que genera la integración del convenio de mediación en los Estatutos cooperativos, se recupera cuando se articula un instrumento de resolución de conflictos basado en la autonomía de la libertad. Una autonomía esta que se ha negado previamente, añadiríamos nosotros. ¿Para qué sirve la autonomía si sólo puede acudir a ella una vez cumplidas determinadas imposiciones? ¿Para qué se es libre entonces, para acatar lo ordenado?

56. Parte III de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

de en las relaciones *ad intra*, en las externas –*ad extra*– que desarrolle la cooperativa con la comunidad en que se inserta, con otras cooperativas, con federaciones o con confederaciones. La respuesta entendemos, debe ser afirmativa puesto su recurso es potestativo y nada se dice en sentido contrario en las normas de aplicación.

Las materias susceptibles de mediación conforme al ámbito en que esta se circunscribe, serán todas aquellas pertenecientes a la esfera privada de las partes en conflicto, es decir, cuestiones relativas a derechos subjetivos de carácter disponible. En concreto el artículo 19 de la Ley 5/2012 sólo indica en este sentido que, justo en la sesión constitutiva, las partes habrán de pronunciarse acerca del objeto de la contienda que se somete a mediación. Así, el único límite que operaría en este sentido sería –de forma similar a como sucede para con el arbitraje cooperativo–, que la materia no fuera de las pertenecientes al derecho subjetivo, a la esfera privada de los individuos, y que además no tuviera interés para la entidad cooperativa. Un aspecto este que raramente se dará puesto que, la cooperativa se inserta como un nódulo más de los muchos que conforman el entramado de relaciones sociales y económicas de una comunidad. De manera que, cualquier modificación que se produzca en esta red de nudos, tendrá repercusiones, de uno u otro calado, en la sociedad cooperativa o en sus miembros.

La eficacia jurídica del acuerdo mediador prevista es la de contrato –*pacta sunt servanda*– y, por ello, las causas que generan la nulidad de aquel son idénticas a las que invalidan a este, alcanzando el acuerdo mediador el grado de título ejecutivo cuando las partes lo eleven a escritura pública –artículos 23.3 y 23.4 de la Ley 5/2012–.

Puede concluirse, por tanto, que existe una amplia adecuación de la mediación con los principios y valores cooperativos, puesto que el elevado grado de corresponsabilidad que se exige a las partes en conflicto para acudir a la mediación como técnica de resolución –en la que el tercero mediador sólo está legitimado para acercar posturas–, casa perfectamente con esa misma motivación de responsabilidad recíproca que sostiene e impulsa al socio cooperativista a serlo. En ambas instituciones, por tanto, el denominador común es la querencia interna del individuo de responsabilizarse del devenir de sus relaciones sociales y económicas, constituyendo el respeto por esa autonomía de la voluntad el punto entorno a que debe girar la construcción jurídico-normativa del cooperativismo y de la mediación.

A pesar de esa intensa adecuación entre mediación y los principios y valores cooperativos, no se han producido modificaciones en la norma estatal que permitan

incorporar referencias su recurso como fórmula extrajudicial componedora de conflictos en el ámbito cooperativo. Una tendencia ésta que, como a continuación comprobaremos, sí que ha sido seguida por algunas normas autonómicas.

3. Tres casos específicos: Cataluña, País Vasco y Extremadura

Analizar la normativa autonómica existente sobre el arbitraje, la conciliación y la mediación en el ámbito cooperativo, pasa necesariamente por detenernos, si quiera sea brevemente, en el diseño competencial que al respecto está previsto constitucionalmente y que fácticamente han materializado las distintas regiones estudiadas en este trabajo.

En este sentido, los dos grandes temas que nos ocupan, el cooperativismo y las técnicas extrajudiciales de resolución de conflictos, aunque son materias cuya atribución competencial se adjudica al nivel estatal, la realidad práctica es que su ordenación por los Parlamentos autonómicos se distancian de lo que en teoría les ha sido atribuido, hasta tal punto que, no es la norma estatal, sino las autonómicas las que parecen haber configurado las reglas de juego en la resolución extrajudicial de conflictos cooperativos como a continuación se abordará.

La primera de estas materias, las cooperativas, conforme al artículo 129. 2 CE son una manifestación de las iniciativas colectivas de los ciudadanos capaces de generar riqueza y empleo, que los poderes públicos deben fomentar; si bien en los preceptos constitucionales 148 y 149 sobre reparto competencial tampoco se determina a qué nivel -estatal o al autonómico- pertenecen esos poderes públicos. Este silencio ha sido aprovechado por las CC.AA. para organizar normativamente sus propias realidades cooperativas que, con base en el artículo 148.1.13ª CE, han sido incardinadas como una de las formas de fomentar el desarrollo económico en sus respectivos territorios. Y por ello, la norma estatal de cooperativas, la Ley 27/1999, lejos de pretender una reordenación estricta de las realidades jurídico-normativas y prácticas establecidas a nivel autonómico con anterioridad a su propia elaboración, se ha conformado con regular estas entidades tratando de no molestar a los sistemas autonómicos ya existentes.

Los ADR, por su parte, son fórmulas distintas de las judiciales para la composición conflictual que tratan de crear nuevas vías de acceso a la justicia y se integran en la materia referente a la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos, cuya garantía y, por tanto, competencia, es atribuida exclusivamente al nivel

estatal conforme al artículo 149.6º CE⁵⁷. Qué papel les queda a las regiones en esta materia, simplemente el de acatar lo ordenado. Pues, en teoría, la respuesta debería ser afirmativa, aunque la realidad es bien distinta, dado que, tanto la anterior Ley 36/1988 de Arbitraje como la vigente Ley 60/2003, establecen sólo las bases generales de ordenación de esta institución. Ello implica la necesidad de su ulterior desarrollo, el cual, lejos de haberse producido vía reglamentaria, ha tenido lugar a través de las normas autonómicas, al menos en el ámbito cooperativo⁵⁸.

En este contexto, la práctica totalidad de normas regionales sobre cooperativas –aunque han sufrido modificaciones posteriores- que surgieron inmediatamente después de la aprobación de la primera norma nacional, –la Ley 3/1987 de 2 de abril, en donde ya se mencionaban el arbitraje (artículo 161.1.a) y la conciliación (artículo 161.1.b)-, incluyen en sus preceptos referencias a estos ADR, obviando en su mayoría la mediación. No sucede así, sin embargo, en las normas regionales estudiadas en este ensayo, pertenecientes a Cataluña, País Vasco y Extremadura, puesto que son de las pocas que mencionan expresamente a la mediación junto al arbitraje y la conciliación, habiendo procedido posteriormente a su desarrollo reglamentario. Un dato éste bastante curioso si se tiene presente que las autonomías con mayor número de cooperativas en su haber⁵⁹ no han ordenado jurídicamente las técnicas citadas.

57. La STC 288/1993, de 4 de octubre, relativa al arbitraje lo califica de “equivalente jurisdiccional”, al conseguir idénticos objetivos que la jurisdicción civil. Por su parte, en la sentencia 15/1989, de 26 de enero, el TC declaró que “el establecimiento de un sistema general arbitral es materia que incuestionablemente ha sido atribuida a la competencia exclusiva del Estado”.

58. Una reflexión profunda acerca de la posible invasión de las competencias estatales en estas materias se realiza en Martí Miravalls, J.: “El arbitraje cooperativo: el caso valenciano”, CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 14, 2003, pp. 92-93, del mismo autor pero del año 2005: “El arbitraje cooperativo...”, op. c., pp. 47-48; Fernández Carballo-Calero, P. y Herrera Petrus C.: “Métodos de resolución extrajudicial de conflictos en las sociedades cooperativas de Galicia”, CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 19, 2008, pp. 114-115 y Marín Hita, L. J.: “La resolución extrajudicial de conflictos en las sociedades cooperativas de Extremadura. Especial referencia al arbitraje”, Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. 2, nº 1, 2009, pp. 175-177.

59. Esta información está disponible en la web http://www.cepes.es/Estadistica-nacional_Cooperativas. Allí se indica que, de un total de 21.220 cooperativas existentes en España en el último trimestre del año 2013, 4.730 están radicadas en Cataluña, 1.522 en el País Vasco y 604 en Extremadura, frente a, entre otras, las 3.928 que pertenecen a Andalucía y a las 2.512 de la Comunidad Valenciana.

3.1. Cataluña

La vigente Ley catalana de cooperativas⁶⁰, Ley 18/2002, de 5 de julio, dedica algunos de sus artículos a ordenar el perfil jurídico de los ADR llevados a cabo por las cooperativas radicadas en su territorio. Una ordenación ésta de las más evolucionadas con que contamos en nuestro ordenamiento jurídico al ofrecer, a través del Decreto 171/2009, de 3 de noviembre⁶¹, la regulación específica de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje.

En concreto, el Decreto 171/2009 propone una definición de los métodos de resolución extrajudicial de conflictos, determina los principios que los han de orientar, las materias que pueden someterse a estas instituciones, diseña el procedimiento distintivo que corresponde a cada uno de ellos, organiza las funciones específicas que han de desempeñar los encargados de su materialización y los efectos de los acuerdos finales.

Así, aunque la definición de qué sea arbitraje se remite, conforme al artículo 16 del Decreto 171/2009, a la norma nacional, las de conciliación y mediación se realizan atendiendo al grado de intervención del tercero. Así, respecto de la conciliación –artículo 7 del Decreto 171/2009–, el conciliador es el encargado tanto de acercar posturas como de elaborar varias posibles soluciones que sólo serán vinculantes para las partes cuando las acepten. En la mediación, la mayor libertad de las partes –artículo 12 del Decreto 171/2009–, queda reflejada, en primer lugar, en el hecho de que sean ellas las encargadas de proponer a la persona encargada de la mediación ante el Consejo Superior de la Cooperativa Catalán. Y, en segundo lugar, en el limitado papel que puede jugar el mediador, encargado sólo de acercar posturas con la finalidad de que sean las partes las que, a partir de su propia voluntad y espíritu cooperador, gestionen por ellas mismas la solución del conflicto que les afecta.

Por su parte, los principios que han de guiar los ADR son los de voluntariedad, confidencialidad, audiencia, contradicción, economía procesal e igualdad entre las partes –artículo 3 del Decreto 171/2009–, siendo los interesados quienes,

60. Con anterioridad ya existieron la Ley 4/1983, de 9 de marzo (DOGC nº 313), el Decreto Legislativo 1/1992, de 10 de febrero (DOGC nº 1563). Y con posterioridad esta Ley 18/2002, de 5 de julio ha sido modificada parcialmente por la Ley 1/2011, de 15 de febrero (DOGC nº 5820).

61. DOGC nº 5499. La técnica empleada por esta CC.AA. para desarrollar los ADR ha sido especialmente criticada por la doctrina, concretamente respecto del arbitraje. En este sentido Martí Miravalls, J.: “El arbitraje cooperativo...”, op. c., pp. 47-48.

ante un conflicto, han de solicitar el ejercicio de tales técnicas de resolución, o quienes hayan de establecerlos en los estatutos sociales, siempre y cuando se trate de controversias suscitadas entre las cooperativas asociadas, entre éstas y sus socios –artículo 132 y 157 de la Ley 18/2002 catalana de cooperativas-, entre la cooperativa y la federación a la que pertenece o entre las cooperativas y la Confederación Cooperativa de Cataluña –artículo 2 del Decreto 171/2009-. Es decir, se prevé que los ADR sean de aplicación a las relaciones *ad intra* y *ad extra* de las cooperativas, si bien, con dos especificidades.

Respecto de las *relaciones externas* se excluye a las relaciones con la comunidad donde se insertan estas entidades, con lo que se pierde un ámbito riquísimo de intervención que permitiría profundizar en la materialización de las ADR y ampliar sus beneficios auto-compositivos a esferas jurídico-sociales distintas de la mercantil y la civil.

En lo que se refiere a las *relaciones internas* el artículo 2.1 párrafo primero del Decreto 171/2009 preceptúa que se someterán a arbitraje, conciliación o mediación las relaciones societarias que estén en vigor –por tanto también las disputas surgidas en período de liquidación- y aquellas que se hayan extinguido por el motivo que provoca acudir a las ADR. Por consiguiente, se perfilan un poco más, con respecto de las previsiones estatales, los supuestos susceptibles de resolución extrajudicial, lo que refuerza la seguridad jurídica a nivel autonómico y nacional, en la medida en que el silencio que guarda la Ley 60/2003 estatal respecto de esos supuestos, cabría colmarse en esta dirección. Dentro de la categoría de relaciones *ad intra* es preciso referirnos a la vinculación que genera, a los socios presentes y futuros, la inclusión del convenio arbitral, mediador o componedor en los Estatutos cooperativos o en acuerdos para-sociales. La norma autonómica, en este sentido, ha guardado silencio respecto a la mediación y a la conciliación, y para el arbitraje ha utilizado la técnica del reenvío, como no podía ser de otra forma, a la norma estatal. Ello supone que la cuestión queda abierta, dependiendo su resolución de las tendencias jurisprudenciales. Recordemos que en esta materia se dividían las opiniones de la doctrina entre sí y con la jurisprudencia. Entre los primeros, las dos corrientes que se generaban partían de considerar al convenio arbitral, mediador o conciliador como una cláusula cuya incorporación al Estatuto cooperativo podría generar los siguientes efectos –y aquí era donde se bifurcaban-, o bien comenzaba a participar de la naturaleza del Estatuto, esto es, vinculación contractual que afectaba al socio desde el momento en que pasaba a serlo e independientemente de que hubiera negociado el sometimiento de sus conflictos para con la cooperativa a técnicas de ADR. O

bien, la creencia de que ese convenio —que pasa a ser cláusula en el Estatuto—, al estar esencialmente informado por los principios de libertad y autonomía de la voluntad de las partes, hay que volver a negociarlo justo cuando se produzca el conflicto, e independientemente de si el socio lo era o no cuando se negoció su inclusión en el instrumento societario. El sentir más general de la jurisprudencia, si bien se aproxima más a la primera de las corrientes doctrinales señaladas, parte de una justificación absolutamente opuesta, al considerar que el Estatuto cooperativo es un contrato de adhesión que obliga al socio desde que comienza a formar parte de la entidad.

Las materias objeto de mediación, conciliación y arbitraje deben contenerse en los propios convenios que han de figurar por escrito so pena de nulidad radical, tal y como exige la norma estatal. En los artículos 2.1 y 2.2 del Decreto 171/2009 se realiza una primera delimitación de las que pueden ser materias sometidas a estas técnicas, una determinación que se hace de forma positiva y negativa a la vez. Así, positivamente, se alude a aquellas cuestiones que, perteneciendo a la esfera de derechos subjetivos dispositivos, se deriven de la actividad cooperativa. La determinación negativa hace referencia a que se trate de asuntos sobre los que no haya recaído sentencia firme, no pertenezcan al ámbito del arbitraje y conciliación laborales, o que estén pendientes de la intervención del Ministerio Fiscal porque alguna de las partes no tiene capacidad suficiente para actuar. En este sentido hemos de indicar que se observa con escrúpulo las disposiciones estatales e incluso se facilita la identificación de límites que, en cualquier caso, habrían de ser respetados por pertenecer a la esfera del orden público. La amplitud con que se ha redactado este precepto permite agilizar el uso de estas ADR, en la medida en que las partes pueden acordar someter a arbitraje, conciliación o mediación aquellos conflictos surgidos con motivo de su relación societaria cooperativa sin necesidad de que hayan sido previamente incluidos como tales sea en los Estatutos cooperativos, sea en acuerdos individuales o para-sociales.

La eficacia del laudo arbitral y de los acuerdos de conciliación y mediación son abordados desde la normativa autonómica respetando estrictamente la letra de la ley estatal, de forma que mientras al primero se le reconocen efectos de cosa juzgada —artículo 25 del Decreto 171—, los segundos se equiparan a contratos con carácter vinculante inter partes —artículos 11 y 15 de la misma norma—.

Se prevé, además, por la Ley 18/2002 de cooperativas catalanas y el Decreto 171/2009 que las partes propondrán al Consejo Superior de la Cooperación de Cataluña, las personas a quienes se desea encargar el ejercicio de la mediación, el arbitraje o la conciliación. Esta propuesta está restringida al listado de funcio-

narios que, a su vez, les facilitará el propio Consejo, que es realmente el encargado de nombrar finalmente a los árbitros, conciliadores y mediadores que conocerán de los asuntos en conflicto. Los sujetos en conflicto no cuentan, por tanto, con la libertad de elegir a su intermediario, un derecho este plenamente reconocido en las normas estatales de arbitraje –artículo 15.2 Ley 60/2003- y mediación –artículo 16.1.a) Ley 5/2012-. Qué sucedería si las partes nombraran a una persona distinta de las previstas en las listas, nos preguntamos. Pues casi probablemente podría llegar a solicitarse la nulidad del proceso o del acuerdo, si este ya se hubiera adoptado. Pero la realidad es que son estos preceptos, los artículos 8, 13 y 20 del Decreto 171/2009, -y no la actuación de los cooperativistas que no acepten a los intermediarios impuestos-, los que suponen una violación de la competencia estatal para ordenar estas técnicas de resolución de conflictos, aunque todavía no se haya planteado acción alguna en este sentido.

Puede concluirse, por tanto, que la detallada y completa ordenación de los ADR existente en la Comunidad Autónoma de Cataluña, aunque no siempre sea sinónimo de eficiencia, permitirá sin duda fomentar tanto el ejercicio de este tipo de prácticas voluntarias y autocompositivas de conflictos como agilizar la solución de los mismos, erigiéndose paulatinamente en una vía de recurso frecuente desde el ámbito cooperativo e incluso desde la economía tradicional. Queda en el aire, sin embargo, la posible transgresión competencial que se vislumbra en algunos de los preceptos referidos a la libertad de las partes –o, mejor, la ausencia de libertad- para elegir al intermediario que ayudará a recomponer la relación. Ello, entendemos, afectaría directamente al núcleo de estas técnicas auto-compositivas de conflictos, en la medida en que el tercero elegido por el Consejo Superior Cooperativo de Cataluña puede no responder a las expectativas de las partes, entenderse como una imposición y quebrar, por tanto, el delicado equilibrio que hay entre intromisión e intermediación.

3.2. País Vasco

La normativa vasca sobre cooperativas y sobre técnicas de ADR ha sido puesta en multitud de ocasiones por la doctrina más autorizada⁶² como ejemplo de

62. En este sentido se pronuncian Merino Hernández, S.; San José Martínez, F. y Rodríguez Álvarez, P.: *Manual de Arbitraje Cooperativo Vasco*, Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, Vitoria, 2001, pp. 85-87; Martí Miravalls, J.: “El arbitraje cooperativo...”, op. c., pp. 49 y Ordeñana Gezuraga, I.: “La mediación en el ámbito...”, op. c., pp. 150.

buena y eficiente práctica de ordenación autonómica. Lo cual ha de servirnos de antecala para lo que nos espera en este apartado.

Ley 4/1993, de 24 de junio de Cooperativas de Euskadi⁶³, está complementada por el reglamento sobre cooperativas contenido en el Decreto 58/2005, de 29 de marzo⁶⁴ y la Ley 6/2008, de 25 de junio, de la Sociedad Cooperativa Pequeña en Euskadi⁶⁵. Entre estas normas sólo la primera recoge alguna alusión a los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos, encontrando posterior desarrollo en la Resolución del Presidente del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, desde la que se dispone la publicación del Reglamento de 27 de enero de 2012, sobre procedimientos de resolución de conflictos en las cooperativas vascas⁶⁶.

Este Reglamento comienza por determinar los principios que han de orientar a los ADR, identifica los sujetos y entidades que pueden acudir a estas técnicas, distingue las funciones de árbitros, conciliadores y mediadores, diseña el modo en que habrá de proceder el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi como encargado principal de la gestión de tales procedimientos, y precisa los efectos derivados de la mediación, la conciliación y el arbitraje.

La regulación de los principios orientadores de los medios extrajudiciales se hace eco, como no podía ser de otra forma, de la normativa nacional. Por ello se alude a la imparcialidad, la neutralidad del tercero interviniente, la igualdad, la contradicción y la actuación de buena fe por las partes –artículos 5 y 6 del Reglamento de 27 de enero-.

En cuanto a los sujetos legitimados para acudir a estos métodos, el artículo 145.2.f) de la Ley 4/1993, prevé que se trate de socios cooperativistas o de los órganos sociales de las propias entidades –artículo 3.1 del Reglamento de enero

63. Publicada en el BOPV nº 135, esta Ley ha modificado la anterior Ley 1/1982, de 11 de febrero publicada en el BOPV nº 33, y, a la vez, ha sido parcialmente modificada por la Ley 1/2000, de 29 de junio, BOPV nº 146.

64. BOPV nº 73.

65. Esta norma aparece publicada en el BOPV nº 127. En su artículo 1.4 se anuncia la aplicación supletoria de la Ley 4/1993, de 24 de junio en materias relacionadas a la resolución extrajudicial de conflictos.

66. Este Reglamento, publicado en el BOPV nº 34, ha derogado al anterior Reglamento sobre procedimientos de resolución de conflictos en las cooperativas vascas, y sus dos anexos, aprobados, el Reglamento, en la sesión plenaria del Consejo Superior el 15 de julio de 2004 y los anexos en la Sesión de 16 de diciembre de 2010.

de 2012-, siempre que se produzca una disyuntiva derivada de la actividad cooperativa y estando en vigor el vínculo societario. Las controversias serán las que aparezcan entre las cooperativas, entre éstas y sus socios, entre los socios de las cooperativas, o entre los órganos sociales de éstas. Es decir, exclusivamente respecto de relaciones internas. Cabría solicitar, nos planteamos, arbitraje, mediación o conciliación en conflictos surgidos entre cooperativas y las asociaciones, federaciones y confederaciones a las que pertenezca. Entendemos que la respuesta habría de ser afirmativa, puesto que también tienen origen e incidencia esas problemáticas en la actividad cooperativa.

Las materias susceptibles de resolución extrajudicial no han sido delimitadas -quiera a grandes rasgos- desde la normativa autonómica -artículo 16-, aunque es obvio que deben respetar el límite relativo a que se trate de derechos pertenecientes a la esfera privada, por tanto disponibles, y que revistan interés para la cooperativa. Sí se reitera la necesidad de que estén previstas en el convenio arbitral, conciliador o mediador, los cuales han de constar por escrito, ya sea de forma independiente en un pacto *inter privatos*, o bien como cláusula dentro del Estatuto cooperativo. En este sentido, se indica en el párrafo segundo del artículo 16 del Reglamento de 21 de enero que esos convenios obligan a las partes. En qué sentido, cabría preguntarse. Quiere ello decir que una vez inserto el convenio de sometimiento en un Estatuto o pactado, las partes no pueden retractarse de su decisión. A nuestro juicio no es este el sentido en que se subraya por la norma la obligatoriedad del convenio, sino que la finalidad es atribuir a los convenios la función de indicio de cuál es la voluntad componedora de las partes, sin perjuicio de que, llegado el momento del conflicto, la reiteren o no. Por ello, más adelante en el precepto se indica que “el convenio arbitral obliga a las partes siempre que estas lo invoquen”. Si guardan silencio respecto de su existencia o simplemente optan por la vía judicial, se reconoce la capacidad de las partes de renovar su voluntad en virtud del principio de autonomía que informa a estas técnicas. Y lo mismo sucederá cuando se trate de socios que se incorporan a la cooperativa acatando sin más el contenido del Estatuto.

Es reseñable, antes de entrar a conocer la configuración de los procedimientos extrajudiciales de conflictos, el modo en que la norma vasca transforma la conciliación en una antesala obligatoria del arbitraje y la mediación -artículo 68.2 del Reglamento-. Lo cual, lejos de ser recomendable, podría llegar a desvirtuar su autonomía como técnica independiente auto-compositiva e, incluso, su origen, en la medida en que el principio de libertad -subrayado y reconocido en los artículos 5 y 6 de esta misma norma-, es uno de sus criterios definidores.

En los artículos 19 a 21 y luego en el 31 del Reglamento que nos ocupa, se prevé la libertad de las partes para ordenar el procedimiento de arbitraje, para determinar el idioma, el lugar y designar al árbitro. Unos aspectos estos, especialmente el último, trascendentales para su correcta aplicación. No sucede lo mismo cuando la norma autonómica regula la conciliación y la mediación, puesto que en estos casos, el conciliador y el mediador son directamente impuestos por el Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo. Podría suponer, este precepto, una transgresión de las previsiones normativas estatales. En el caso de la conciliación no parece que la haya dado que la ausencia de norma estatal que regule tales detalles, elimina cualquier sospecha. Sin embargo, respecto de la mediación, el artículo 16.1.a) de la Ley 5/2012 prevé que las partes designen al mediador –por tanto, habrán debido elegirlo previamente-, o a la institución donde desean que esta se celebre. Entendemos que sí se sobrepasa la competencia autonómica limitando la libertad de las partes, como veíamos que sucedía en la norma catalana. Ello podría salvarse introduciendo la doble posibilidad que sí ha sido prevista para el arbitraje en ese mismo Reglamento, conforme a la que las partes pueden bien elegir al árbitro o bien dirigirse al SVAC para que los asesoren en este sentido.

Ese destacado papel que la Ley 4/1993 y el Reglamento de enero de 2012, reconocen al Consejo Superior Vasco de Cooperativas se traslada en materia de arbitraje, mediación y conciliación al Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo⁶⁷, -artículo 1 del Reglamento- denominado oficialmente Bitartu⁶⁸. Este otro órgano, compuesto por un Presidente, un Secretario, los árbitros, los mediadores, el letrado-conciliador y una Comisión Técnica Asesora –artículo 7-, carece de personalidad jurídica propia y depende jerárquicamente del Consejo Superior –artículo 5.2.-

67. Su creación tuvo lugar a través del anterior Reglamento sobre resolución de conflictos en las cooperativas vascas aprobado en la sesión plenaria del Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo del 15 de julio de 2004, publicado en el BOPV de 21 de septiembre del mismo año.

68. Son abundantes los trabajos que tienen como objeto su análisis y a ellos nos remitimos, en concreto a Lorca Navarrete, A. M.: “El arbitraje cooperativo del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi”, Revista vasca de derecho procesal y arbitraje, vol. 2, nº. 1, 1990, pp. 15-17; Nagore Aparicio, I.: “Bitartu. Servicio de Resolución Extrajudicial de Conflictos en Cooperativas Vascas”, Revista Vasca de Economía Social, nº 0, 2004, pp. 205-206; Merino Hernández, S.: “Arbitraje, Conciliación y Mediación en el seno del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi”, nº. 40, 2006, pp. 71-72, y del mismo autor: “La resolución de conflictos en el ámbito cooperativo: la experiencia del País Vasco” en Revista sobre Acciones e Investigaciones Sociales, nº 22, 2006, pp. 100-103.

De entre las funciones que le han sido encomendadas destacamos aquí, además de la materialización de las técnicas de ADR, el fomento de la prevención de conflictos y la formación de los socios cooperativistas en la resolución de los mismos –artículo 4 del Reglamento de enero de 2012-. La prevención y la formación son dos esferas de la resolución de conflictos absolutamente novedosas y este ordenamiento jurídico es pionero en España en la configuración de técnicas eficientes e inteligentes de eliminar de raíz las disyuntivas nacidas en el contexto cooperativo. Lo cual hace de la normativa vasca un punto de referencia para el resto del ordenamiento jurídico español.

3.3. Extremadura

La norma extremeña sobre cooperativas, la Ley 2/1998, de 26 de marzo⁶⁹, es la única de las diecisiete existentes en nuestro ordenamiento jurídico que en su articulado menciona expresamente el arbitraje, la conciliación y la mediación como métodos de resolución de conflictos individuales o colectivos y, además, hace una breve definición de ellos sin esperar, como en los casos catalán y vasco, a un posterior desarrollo, lo que clarifica su ámbito competencial y evidencia la voluntad de su puesta en práctica. Esta CC.AA. cuenta también con el Decreto 245/2000, de 5 diciembre por el que se aprueba el Reglamento de arbitraje, conciliación y mediación cooperativos⁷⁰, a través del que se incide en su implantación y desarrollo.

Ambas normas contribuyen a perfilar las ADR ordenando sus principios informadores, los supuestos en que podrá acudir a ellos, el órgano responsable de su puesta en práctica, el procedimiento a seguir, las materias y los efectos que se reconocen a los acuerdos alcanzados.

A facilitar el deslinde jurídico de estas fórmulas extrajudiciales auto-compendedoras de conflictos atendiendo a los grados de intervención de terceros, contribuye la previsión de la conciliación y la mediación como etapas previamente voluntarias de la conciliación y el arbitraje respectivamente. En concreto, respecto de la conciliación, el artículo 36.2 del Decreto 245/2000 ordena que, en cual-

69. Publicada en el DOE nº 49.

70. Publicado en el DOE nº 144.

quier fase del procedimiento conciliador, las partes puedan desistir y acordar someter la cuestión a arbitraje. A qué se podría deber este cambio. Pues, probablemente, a que las partes intuyan la necesidad de contar con un mayor grado de intermediación para que el proceso componedor llegue a buen puerto. Por el mismo motivo y, también de común acuerdo, en el caso de la mediación, las partes están facultadas para solicitar del mediador una propuesta tendente a la resolución por la vía de la conciliación –artículos 40.4 y 40.5 del Decreto-. En ambos supuestos la norma, haciendo uso del principio de autonomía de la voluntad que en todo momento debe regir el proceso de resolución extrajudicial –independientemente de la técnica elegida-, reconoce a las partes su capacidad para orientar la recomposición de su relación. Una situación esta radicalmente distinta a la que analizábamos en el estudio del caso vasco que, al imponer directamente a los litigantes la obligación de pasar por la conciliación, casi roza el extremo de banalizarla por desvincularla de la voluntad de las partes.

Al margen de la enumeración de los principios que deben informar y orientar la actividad resolutoria de conflictos –identificados con la audiencia, la contradicción, la economía procesal, la igualdad entre las partes y la autonomía de la voluntad conforme al artículo 5 del Decreto 245/2000-, la verdadera novedad que introduce la norma extremeña es la distinción de los supuestos en que cabe el recurso a los ADR. Los artículos 166 y 167 de la Ley 2/1998 y los artículos 3 y 4 del Decreto 245/2000, diferencian entre conflictos individuales y colectivos. Así, serán conflictos individuales aquellos cuya resolución sólo tenga eficacia entre las partes involucradas, siempre que las partes sean el socio y la sociedad cooperativa a la que pertenece o una cooperativa y la federación en la que se integra. Conflictos colectivos son aquellos cuya resolución tenga eficacia general, por tanto los implicados serán varios socios y/o asociados y la sociedad cooperativa a que pertenecen, varias sociedades cooperativas, sociedades cooperativas y la federación en que se integren, las federaciones de sociedades cooperativas. En este caso de los conflictos colectivos, el artículo 4.2 del Decreto 245/2000, prevé que esté legitimado para promover un conflicto colectivo, la propia sociedad cooperativa afectada o un cinco por ciento de sus socios o asociados y la unión, federación o asociación afectada o un cinco por ciento de sus socios. Y, en todo caso, las uniones, federaciones, asociaciones y las sociedades cooperativas de segundo o ulterior grado en relación con los miembros de las mismas. Cuál es la utilidad, podríamos plantearnos, de la diferenciación entre conflictos individuales y colectivos. Posiblemente la de ayudar a los socios cooperativistas y a las

entidades en que se integran, así como a sus federaciones y asociaciones, a determinar el calado –en términos cuantitativos de sujetos y sociedades afectadas- del laudo arbitral, del acuerdo conciliador o del mediador.

Sin embargo, aún a pesar de estas distinciones, las únicas controversias resolubles mediante ADR son aquellas surgidas en las relaciones internas y en las externas sin llegar nunca a ampararse a los problemas surgidos entre la cooperativa o sus socios y la comunidad en que se insertan.

Las materias sobre las que pueden solicitarse la mediación, conciliación y el arbitraje no están bosquejadas siquiera por la norma autonómica, si bien, como se ha puesto de manifiesto en este trabajo, ello no obstaculiza que cualquier asunto pueda solventarse con estas técnicas, indicados también en el artículo 3.2 del Decreto extremeño: que se trate de asuntos vinculados con la esfera del derecho dispositivo y que se deriven de las actividades cooperativistas.

Especial referencia merece la redacción del artículo 16 del Decreto 245/2000, que ordenando la forma del convenio –por escrito so pena de nulidad radical independientemente de que aparezca como pacto principal o accesorio de otro-, parece subrayar distintos grados de obligación de las partes a la sumisión –concretamente al arbitraje-, dependiendo de cuál sea la apariencia del convenio. Así, en la letra a) se indica que las partes están *obligadas* al arbitraje cuando así esté previsto en los estatutos. Quiere ello decir, nos preguntamos, que no pueden retractarse los socios que lo han negociado, y si fueran socios futuros, tienen que acatar sin más el convenio. La respuesta a todas luces ha de ser negativa, puesto que, lo contrario dejaría sin apoyo lógico jurídico al resto de supuestos enumerados en ese precepto, los cuales dejan un amplio margen de decisión –sobre si someterse a arbitraje, mediación, conciliación o a la vía judicial- a las partes en conflicto por el simple hecho que el convenio sea un pacto independiente, acordado sobre la marcha –artículo 16.c)- o sencillamente silenciado o no invocado llegada la disyuntiva –letra b) del mismo artículo.

En lo referente al procedimiento, el lugar y la elección de intermediador, la norma extremeña, en sus artículos 5 a 10, opta por la elección libre y de mutuo acuerdo entre las partes, si bien ordena una inteligente red de seguridad que garantiza, en caso de desacuerdo, que la desavenencia sobre estos extremos no impida el feliz desarrollo de los ADR. Especial atención dedicamos aquí al modo en que se ha resuelto la elección de árbitro, mediador o conciliador, puesto que, como se ha destacado con anterioridad, estimamos que se trata de una figura clave para estos procesos. Pues bien, el artículo 10, lejos de caer en la imposición

que veíamos en las normas catalana y vasca, ha optado por dejar que las partes de mutuo acuerdo enumeren por orden de prioridad en una lista a aquellas personas que desean se hagan cargo de las labores de mediación, arbitraje y conciliación. Si no hubiera acuerdo para la realización de este listado, entonces la Comisión de Conflictos –que es órgano encargado de dirimir las controversias cooperativas mediante estas técnicas- elabora su propia lista cerrada. Así queda garantizada la autonomía de la voluntad de las partes y se evitan que obstáculos circunstanciales, como puede ser no ponerse de acuerdo en un momento determinado sobre un aspecto concreto, arruinen todo el proceso componedor.

Podría, por tanto, concluirse que la normativa extremeña sobre ADR en contextos cooperativos es una de las más avanzadas de su tiempo dadas las distintas dimensiones que llega a ordenar. Entre ellas la diferenciación entre conflicto individual y colectivo, la posibilidad de transformar una técnica en otra -en aras de alcanzar una solución adecuada a las necesidades cambiantes del contexto relacional- y, especialmente, el demostrado respeto a la autonomía de la voluntad de las partes como elemento clave para fomentar la *co-responsabilidad* entre los socios, entre estos con la cooperativa, y con el propio movimiento cooperativo, hacen de esta norma una de las más técnicamente perfectas de todo el sistema español de resolución extrajudicial de conflictos cooperativos.

4. Conclusiones

El estudio desde la perspectiva jurídica de los principios y valores que se encuentran en el seno del cooperativismo y de las técnicas extrajudiciales de resolución de conflictos surgidos en este ámbito, nos ofrece una aproximación a estas instituciones distinta de lo habitual y especialmente reflexiva. Y ello debido a que es posible llegar a reconocer las sinergias que, compartidas por ambos, motivan su existencia y la necesidad de su complementariedad.

En este sentido *el espíritu de cooperación, la voluntad de participación en la realidad socio-económica y la responsabilidad del socio con la cooperativa*, el resto de miembros y el mismo movimiento cooperativo, en tanto que enunciados desde la Alianza Cooperativa Internacional como principios y valores definitorios del movimiento cooperativo, pueden detectarse en el arbitraje, la conciliación y la mediación –tal y como se apunta desde instancias comunitarias europeas- y marcan el modo en que han de intervenir los terceros para con las partes en

conflicto, y la forma en que se ordena jurídicamente el procedimiento a través del que se materializan.

Desde la legislación nacional española y especialmente desde la autonómica, se está apostando con fuerza por el desarrollo tanto normativo como práctico de tales técnicas auto-componedoras de conflictos, donde se da una solución a través de la propia relación interpersonal, lo cual, además de fomentar su observancia desde la Economía Social y la economía tradicional, estaría siendo un paso decisivo hacia una sociedad incluyente y más humanamente justa.

ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICO-MERCANTILES TRAS EL CONCURSO DE FAGOR

Arantza Martínez Balmaseda

Profesora Adjunta de Derecho Mercantil

EUE Empresariales de Vitoria-Gasteiz

Universidad del País Vasco (EHU-UPV)

RESUMEN

El trabajo que se presenta tiene por objeto analizar la situación de las cooperativas en Euskadi, centrandó nuestra atención en el emblema de la Corporación Mondragón, esto es, el caso de Fagor Electrodomésticos S. Coop. A este fin, se analizan algunas cuestiones de especial importancia o interés desde la perspectiva jurídico mercantil de la entidad en concurso, como por ejemplo, las consecuencias que sobre el patrimonio de los socios puede comportar la entrada en concurso de la cooperativa o las consecuencias derivadas de la suscripción de aportaciones financieras subordinadas por los socios cooperativistas.

PALABRAS CLAVE: Cooperativas, Fagor Electrodomésticos S. Coop, socios cooperativistas, aportaciones financieras subordinadas.

A FEW ASPECTS OF COMMERCIAL LAW FOLLOWING THE FAGOR INSOLVENCY**ABSTRACT**

The paper sets out a view about the cooperatives in the Basque country, especially in relation to the Mondragon Corporation and its flagship, the Fagor Electrodomésticos, S. Coop. In this sense, we analyze some important questions, as for example the consequences of the Fagor's bankruptcy on cooperatives partners' assets and the subordinated financial contributions issued by Fagor.

KEY WORDS: Cooperatives, Fagor Electrodomésticos S. Coop, Cooperatives-partners, subordinated financial contributions.

ECONLIT: K10, K29, P13.

SUMARIO¹

1. Introducción. 2. La legislación autonómica de cooperativas 3. El surgimiento de la Corporación de Mondragón y el caso de Fagor Electrodomésticos: crisis económica y política de internacionalización de la entidad. 4. Análisis de algunos aspectos jurídico-mercantiles tras el concurso de Fagor. 4.1. Responsabilidad de los socios por las pérdidas de la sociedad. 4.2. Responsabilidad limitada o ilimitada. 4.3. Las aportaciones financieras subordinadas Fagor. 5. Conclusión. Bibliografía.

1. Introducción

El impacto que las cooperativas de Euskadi tienen en su economía ha convertido a la Comunidad Autónoma Vasca (CAV) en un referente a nivel internacional en relación con el modelo de gestión socialmente responsable de estas fórmulas societarias². No obstante, y como es sabido, la crisis económica que desde hace años sufre nuestro país ha afectado a uno de los emblemas del cooperativismo vasco. En este sentido, la empresa Fagor electrodomésticos S. Coop., con sede en Arrasate-Mondragón anunciaba el día 16 de octubre de 2013 su entrada en precurso de acreedores, al acumular una deuda muy elevada, y que finalmente, acabó por materializar una declaración de concurso el día 15 de noviembre del mismo año. La apertura de este procedimiento concursal ha causado un gran impacto, fundamentalmente porque la misma constituía el emblema del proyecto cooperativista iniciado en nuestro entorno más cercano a mediados del pasado siglo. En este sentido, y como es conocido, el cierre de esta entidad ha originado una indudable preocupación en Euskadi, puesto que, por una parte, son muchos los empleos –directos e indirectos- que se ven afectados por la nega-

1. Trabajo elaborado en el marco del Grupo de Investigación financiado por el Gobierno Vasco (IT862-13) y cuyo investigador principal es el Prof. Alberto Emparanza Sobejano.

2. INNOBASQUE: INNOBASQUE (Agencia Vasca de la Innovación): *RSE y Competitividad en Euskadi. Una aproximación desde la innovación social*, Innobasque ed., Zamudio, 2011, p. 157. En este estudio se señala que el número de empresas cooperativas en Euskadi representa el 0,7% del total, concentrando un 4,8% del empleo en la CAV.

tiva de la corporativa Mondragón a financiar Fagor, pero también porque desde la perspectiva de las ideas y principios que inspiran el cooperativismo, ha caído un referente importante. Durante las últimas semanas muchas han sido las voces que aludían como causa de la caída de Fagor Electrodomésticos a la imposibilidad manifiesta que supone competir en el mercado de electrodomésticos a nivel internacional, en pugna con otras marcas que a nivel de calidad son similares pero su coste de producción inferior. Dicho de otro modo, parece que la complejidad que supone la internacionalización de las empresas de economía social cuando se enfrentan a la necesidad de acomodarse al mercado capitalista ha podido originar la crisis prolongada de la empresa y su actual situación.

En este contexto, nuestro propósito a lo largo de las siguientes páginas es el de analizar algunos aspectos, jurídico-mercantiles, que se derivan de la situación creada en esta empresa, si bien situándola en un contexto algo más amplio, como es el de ofrecer un recorrido por el cooperativismo vasco, de la mano de su emblema más representativo, como es el de la corporación de Mondragón en su conjunto³. A este fin, dedicaremos las primeras páginas a describir –de manera somera– la normativa sobre cooperativas en la Comunidad Autónoma Vasca (CAV), para a continuación realizar una breve aproximación del surgimiento de la corporación de Mondragón y en particular, analizar el proceso de internacionalización de la empresa Fagor Electrodomésticos, puesto que, como se señalaba con anterioridad, las decisiones adoptadas a ese nivel parece que han llevado a la empresa al cierre definitivo de la misma. La finalidad de todo ello es la de trasladar al lector una serie de datos generales acerca de esta cooperativa en particular para, con posterioridad, abordar algunas cuestiones que consideramos de interés. Así, por ejemplo, hemos creído oportuno acercarnos a dos cuestiones de enorme envergadura en estos momentos, cuales son, por una parte, el análisis de la afectación de la apertura del concurso sobre los socios-cooperativistas de la entidad en relación con su patrimonio personal, teniendo en cuenta que si bien la ley proclama la responsabilidad limitada del socio cooperativista por las deudas la ley establece también la responsabilidad de éste por las pérdidas no quedando claro si esta responsabilidad es limitada o ilimitada. En concreto, además, se analizará la situa-

3. Lo arriba indicado no obsta para recordar que la experiencia cooperativista en Euskadi no se reduce a las cooperativas de trabajo asociado, aunque es cierto que éstas constituyen desde la perspectiva del empleo las más significativas. Entre ellas, sin ningún género de duda, son las cooperativas de Mondragón las más relevantes.

ción creada respecto de las aportaciones financieras subordinadas porque la entrada en concurso de la entidad hace que resulte muy difícil recuperar el dinero a los titulares de aportaciones financieras subordinadas por el carácter subordinado que presenta este producto financiero.

2. La legislación autonómica de cooperativas

La experiencia de las cooperativas en Euskadi⁴ ha alcanzado una madurez empresarial que, entre otras, se ha basado en la numerosa normativa autonómica dictada a tal fin⁵, que fundamentalmente se circunscribe a las sociedades cooperativas, pero también a otras tipologías de empresas de economía social. Esta normativa ha sido adoptada sobre la base de lo dispuesto en la Ley Orgánica, 3/1979, de 19 de diciembre (BOE nº 306, de 22 de diciembre), que aprueba el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del País Vasco (artículos 10.23º, 20.6º, 41) (BOPV nº 32 de 12/01/1980).

Así, prescindiendo en estos momentos de la referencia a la normativa estatal, en Euskadi se comenzó regulando estas fórmulas societarias en el año 1982 (Ley 1/1982 sobre cooperativas de 11 de febrero), que se mantuvo en vigor hasta que pocos años después, en 1993, se dictó la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi. Ésta última ha sido objeto de diversas modificaciones con posterioridad (Ley 1/2000, de 29 de junio, de modificación de la Ley de Cooperativas de Euskadi y Ley 8/2006, de 1 de diciembre, de segunda modifi-

4. A tal fin, véase el Consejo superior de cooperativas de Euskadi, instituido por la Ley 1/1982, de 11 de Febrero, sobre Cooperativas del País Vasco, constituyéndose formalmente el 28 de Enero de 1983. Sobre este órgano, véase <http://www.csce-ekgk.coop/>. Para un análisis histórico, véase CSCE-EKGK: *Historia del Consejo superior de cooperativas de Euskadi: 1983-2009*, http://www.csce-ekgk.coop/galeria/CSCE%20CAST_3nov.pdf.

5. Junto a las normas reseñadas, cabe asimismo referirse, con carácter particular, a la creación del Servicio Vasco de Resolución extrajudicial de conflictos en cooperativas (BITARTU) creado en el año 2004 [Reglamento, de 21 de septiembre de 2004, sobre procedimientos de resolución de conflictos en las cooperativas vascas (BITARTU) (BOPV nº 81, de 21, de septiembre de 2004)], como entidad encargada de la administración de los diferentes procedimientos de resolución de conflictos en las cooperativas vascas que puedan surgir entre éstas, o entre sus diferentes órganos sociales y sus socios, o en el seno de las mismas entre sus diferentes órganos sociales o entre los socios.

cación de la Ley de Cooperativas de Euskadi⁶), siendo la finalidad de las mismas la de adaptar la normativa autonómica a las necesidades contemporáneas de las cooperativas vascas. Por su parte, en el año 2000, se regularon las cooperativas de iniciativa social⁷ y en el año 2008, la sociedad cooperativa pequeña de Euskadi⁸.

3. El surgimiento de la Corporación de Mondragón y el caso de Fagor Electrodomésticos: crisis económica y política de internacionalización de la entidad

La corporación de Mondragón, como experiencia cooperativista en Euskadi y con una enorme importancia a nivel estatal y mundial en este sentido, surge en la localidad del mismo nombre en 1956, al amparo de una escuela profesional y de un pequeño taller de electrodomésticos, conocido en sus orígenes como Ulgor⁹. Como es sabido, las cooperativas y también la corporación de Mondragón, ha venido representando un modelo de empresa distinto a la empresa de capital, cuyos objetivos han sido económicos, pero también sociales. En este contexto, la aparición de las empresas cooperativas, cuyos principios de funcionamiento democrático y de participación los han erigido como modelos alternativos a las

6. En cuanto a las normas de desarrollo, vid. Decreto 58/2005, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Cooperativas de Euskadi (BOPV nº 73, de 19 de abril), modificado por Decreto 152/2006, de 18 de julio (BOPV nº 146, de 2 de agosto) y Decreto 64/1999, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimientos y requisitos relativos a las sociedades cooperativas de utilidad pública (BOPV nº 33, de 17 de febrero).

7. Decreto 61/2000, de 4 de abril, por el que se regulan las Cooperativas de iniciativa Social (BOPV nº 82, de mayo).

8. Ley 6/2008, de 25 de junio, de la Sociedad Cooperativa Pequeña de Euskadi (BOPV nº 127, de 4 de julio). Asimismo, Orden de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, por el que se aprueba el modelo de solicitud y de certificación del órgano de Administración y representación para la presentación de las cuentas anuales de la Sociedad cooperativa pequeña de Euskadi (BOPV nº 29, de 12/02/2010). Orden de la consejera de Empleo y Asuntos Sociales, por el que se aprueba el modelo orientativo de estatutos sociales de la Sociedad Cooperativa pequeña de Euskadi (BOPV nº 60, de 30/03/2010).

9. THOMAS, H./LOGAN, C., *Mondragón. Un análisis económico*, Madrid, 1991; GOMORRO, I., *Experiencia cooperativa en el País Vasco*, 1975, Bilbao; MOLINA, F., *Fagor Electrodomésticos. Historia de una experiencia cooperativa*, Mondragón, 2006; BRADLEY, K./GELB A., *Cooperativas en marcha*, Barcelona 1985.

empresas señaladas, han tenido, sin embargo, que enfrentarse a una realidad económica no exenta de contradicciones. En efecto, las cooperativas conviven en un mundo económico globalizado, lo cual ha provocado que para subsistir en este entorno hayan tenido que adoptar fórmulas de internacionalización o de multilocalización¹⁰. Este ha sido el caso de la Corporación de Mondragón¹¹, que siendo el primer grupo industrial vasco, ha venido optando por competir en los mercados internacionales utilizando estructuras de capital convencionales en el exterior que permitan asegurar su competitividad global¹². Esta realidad ha dado lugar a un buen número de trabajos en nuestro entorno que tienen por objeto analizar el futuro y los retos del cooperativismo vasco, en el sentido de mantener sus principios y orientaciones básicos y aunarlos con la necesidad de competir en el exterior adoptando, como se señalaba, estructuras de capital que difícilmente casan con el cooperativismo tradicional¹³. Sea como fuere, lo cierto es que mientras se resuelve si es posible o no el sostenimiento de las características que definen a las sociedades cooperativas en un escenario global, no es menos cierto que éstas tampoco han sido ajenas a los embates de la crisis económica que nos azota desde el año 2008¹⁴.

A este contexto general también se ha enfrentado Fagor Electrodomésticos S. Coop., que, como así se ha afirmado, constituye un caso que “*ilustra claramente*

10. LUZARRAGA, J.M e IRIZAR, I: La estrategia de multilocalización internacional de la Corporación de Mondragón, *Ekonomiaz* nº 79, 2012, pp. 115 y ss.

11. Vid. el trabajo de ERRASTI, A: “Euskal Dragoiak Erdiko Erresuman: Mondragon Taldeko Multinazionalak Txinan”, *Uztaro* nº 84, 2013, pp. 43-65.

12. LUZARRAGA, J.M e IRIZAR, I: La estrategia de multilocalización internacional..., loc. cit. p. 120 citando a URDANGARIN, C: “Internacionalización de Mondragónn Corporación Cooperativa”, *Ekonomiaz* nº 44, 1999, pp. 238-255 y CLAMP, C: “The Evolution of Management in the Mondragon Cooperatives” *Mapping Cooperative Studies in the Millenium*, University of Victoria, Victoria, 2003.

13. Sobre esta cuestión, por ejemplo, ERRASTI AMOZARRAIN, A.M: Modelos de empresa multinacional democrática o cooperativa”, *Cuadernos de Gestión* vol. 4, nº 2, 2004, pp. 13-29. También, ERRASTI, A.M, HERAS, I; ELGOIBAR, P y BEGIRISTAIN, A: “La internacionalización de las Cooperativas y su responsabilidad social”, *Revista de Dirección y Administración de Empresas* nº 10, 2002, pp. 119-145.

14. Para un estudio sobre las respuestas de la corporación de Mondragón ante la crisis, GARATE, J.I; LAFUENTE, J.L; MADINAGOITIA, J.L y SINDE, J.M: “Respuestas cooperativas a un escenario de crisis: el caso de la Corporación de Mondragón”, *Revista de Contabilidad y Dirección*, vol. 11, 2010, pp. 173-182.

la problemática a la que se enfrentan muchas cooperativas industriales para competir en mercados altamente concentrados e internacionalizados¹⁵". En efecto, la sociedad ya desde el año 1999 comienza una escalada en su política de expansión, adquiriendo y constituyendo sociedades filiales, en régimen de capital, transformando lo que en su momento era una pequeña sociedad cooperativa, que pertenece a los socios cooperativistas de Mondragón y Basauri en una multinacional. Así, por ejemplo, en el año 1999, Fagor adquirió la empresa Wrozamet, S.A de Polonia, fabricante de hornos y cocinas independientes; en el año 2002 participó como socio industrial en la adquisición de Brandt con plantas tanto en Francia, como en Italia¹⁶, aunque –poco después- en el año 2005 compró a Elco toda su participación en Brandt. Pero no sólo cuenta con filiales en Europa, sino también en África (Marruecos), en Sudamérica (Argentina) y en Asia (China). Lo anterior, ocasionó que Fagor Electrodomésticos S. Coop. se posicionará como el quinto grupo europeo en el sector¹⁷. El problema o dificultad manifiesta ante la que parece se ha encontrado Fagor es la de la alta competencia en un sector donde otros grupos producen electrodomésticos a un coste inferior y de mayor calidad, lo que le ha llevado a trasladar su producción a entornos donde los costes salariales son inferiores. Junto a ello, la crisis ha ahondado más en el mismo sentido, sin que la entidad pudiera tener vías alternativas a la de seguir creciendo en el exterior o la de rebajar costes, fundamentalmente, salariales por esta vía puesto que su condición de cooperativa le ha impedido, por ejemplo, ser absorbida por otra multinacional, lo que hubiera ocasionado la pérdida de su condición de cooperativa. Todos estos condicionantes brevemente anotados han llevado a la entidad a la situación que conocemos, originando una indudable preocupación entre los socios cooperativistas y también entre sus trabajadores asalariados en relación con el futuro que para su patrimonio y el mantenimiento del empleo les espera.

15. MENDIZABAL ETXABE, A; BEGIRISTAIN ZUBILLAGA, A y ERRASTI AMOZARRAIN, A: "Deslocalizaciones y empleo cooperativo. El caso de Fagor Electrodomésticos, S. Coop", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y cooperativa* nº 52, 2005, pp. 237-266. Una versión posterior en euskara y actualizada, MENDIZABAL, A; ERRASTI, A y ETXEZARRETA, E: "Lekualdatzeak eta enplegu kooperatiboa Fagor Elektrotresnak E. Koop.-ren ataka", *Uztaro* nº 57, 2006, pp. 11-37.

16. Seguimos en esta descripción, lo señalado en el trabajo de MENDIZABAL ETXABE, A; BEGIRISTAIN ZUBILLAGA, A y ERRASTI AMOZARRAIN, A: "Deslocalizaciones y empleo cooperativo. El caso de Fagor...", loc. cit. pp. 253-254.

17. MENDIZABAL ETXABE, A; BEGIRISTAIN ZUBILLAGA, A y ERRASTI AMOZARRAIN, A: "Deslocalizaciones y empleo cooperativo. El caso de Fagor...", loc. cit. pp. 253.

4. Análisis de algunos aspectos jurídico-mercantiles tras el concurso de Fagor

La entrada en concurso de acreedores de Fagor Electrodomésticos S.Coop, debido a su dimensión y complejidad, ha planteado cuestiones de especial importancia desde el punto de vista jurídico-mercantil y de enorme repercusión práctica de entre las que hemos considerado oportuno destacar dos. La primera de ellas se refiere a las dudas que se han generado en torno a la posible responsabilidad de los socios cooperativistas respecto de las pérdidas de la sociedad. Y en segundo lugar, abordaremos el conflicto surgido entre los adquirentes de las aportaciones financieras subordinadas emitidas por Fagor y que puede llegar a convertirse en un problema similar a las participaciones preferentes de las cajas de ahorro desde el momento en que la entrada en concurso de la entidad hace muy difícil la recuperación de la inversión para las titulares de este producto financiero.

4.1. Responsabilidad de los socios por las pérdidas de la sociedad

Una de las cuestiones de gran trascendencia que se ha planteado con la entrada en concurso de la cooperativa ha sido la interrogante generada en torno a una posible responsabilidad de los socios cooperativistas respecto de las pérdidas de la sociedad¹⁸. En este sentido, la duda se ha generado debido a que la ley vasca de

18. Con carácter general, BATALLER GRAU, J. (Dir.), *Pérdidas, disolución y concurso en sociedades cooperativas*, Madrid, 2012. Sobre el concurso y las relaciones jurídicas con sus socios, FAJARDO GARCÍA, I.G., “La masa activa y pasiva del concurso de cooperativas”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.V, Madrid, pp. 5235 y ss; PANIAGUA ZURERA, M., “La determinación y la distribución de los resultados del ejercicio económico en la Sociedad Cooperativa: propuestas de armonización legislativa”, *RdS*, 24, 2005, pp.199 y ss; GRIMALDOS GARCÍA, M.I., “El concurso de la cooperativa y su repercusión en el patrimonio personal de los socios”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 11, 2009; ENCISO ALONSO MUNUMER, M., “El concurso de acreedores de la cooperativa”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 19, 2013; Sobre las cooperativas con carácter general, MORILLAS JARILLO, M.J/ FELÍU REY, M.I: *Curso de cooperativas*, Madrid, 2002, EMBID IRUJO, *Concentración de empresas y Derecho de cooperativas*, Murcia, 1991; “La integración cooperativa y su tratamiento en la Ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas de Euskadi”, *Estudios de Derecho Mercantil homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, I, Valladolid, 1998; DIVAR GARTEI-ZAURRECOA, J., *Régimen jurídico de las sociedades cooperativas*, Bilbao, 1987; ÍDEM, “El cooperativismo y la economía social en el País Vasco”, *C.I.R.I.E.C.*, nº 0, 1987, pp. 75 y ss; PENSA DÍAZ, B, *Manual de Derecho cooperativo*, Madrid, 1987; CABALLER MELLADO, V., “Reflexiones en torno al coopera-

cooperativas, por una parte, establece que los socios no responderán personalmente de las deudas sociales al estar su responsabilidad por dichas deudas limitada a las aportaciones al capital social que hubieran suscrito (art. 56.1) pero, por otra parte, señala la posibilidad de que los socios deban responder frente a la sociedad cooperativa por las pérdidas generadas (art. 69). El objetivo se centra, pues, en aclarar el alcance que puede llegar a tener la responsabilidad del socio cooperativista teniendo en cuenta que se trata de un tema muy sensible por las repercusiones que puede llegar a tener en el patrimonio personal de los socios cooperativistas.

En este sentido, debemos comenzar distinguiendo, la responsabilidad del socio frente a terceros por las deudas de la cooperativa o responsabilidad externa y la responsabilidad por pérdidas¹⁹ del socio frente a la sociedad o responsabilidad interna. Respecto a la primera de ellas o responsabilidad por deudas, el art. 56.1 de la ley vasca de cooperativas establece que los socios no responderán personalmente de las deudas sociales quedando su responsabilidad por dichas deudas limitada a las aportaciones al capital social que hubieran suscrito²⁰. Es decir, será la propia cooperativa quien hará frente a las deudas que se hubieran generado con terceros con todo su patrimonio (art. 1911 CC) no respondiendo los socios en ningún caso personalmente por dichas deudas²¹. Así la responsabilidad de los socios por las deudas frente a terceros se halla limitada a la aportación, comprendiéndose dentro de ellas tanto las aportaciones obligatorias como las volunta-

tivismo (La situación española actual)", *C.I.R.I.E.C.*, nº 5, 1988, pp. 165 y ss; CASTAÑO-GONZÁLEZ, *Manual de constitución y funcionamiento de cooperativas*, Barcelona, 1996; CELAYA, A., "Sociedad cooperativa de trabajo y sociedad anónima laboral. Configuración societaria comparada", *RDM*, 1989, pp. 115 y ss.

19. MARÍN SÁNCHEZ/MARÍ-VIDAL/SEGUI-MAS/MATEOS-RONCO, "Las pérdidas en las cooperativas: análisis de la legislación sustantiva, contable y fiscal" en BATALLER GRAU, J. (Dir.), *Pérdidas, disolución y concurso en sociedades cooperativas*, pp.15 y ss.

20. LARRAÑAGA, J. en PAZ N. (Dir.), *Glosa a la Ley de Cooperativas de Euskadi*, Vitoria-Gasteiz, 1999, pp.222-224.

21. Sobre el panorama legislativo actual del Derecho cooperativo español en este ámbito, vid. GADEA, E., SACRISTÁN F., VARGAS VASSEROT, C., *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI*, Madrid, 2009, pp. 173 y ss.

rias²². En este sentido la responsabilidad de los socios cooperativistas respecto a las deudas contraídas con terceros se asemeja al régimen previsto en las sociedades anónimas y limitadas²³.

No obstante conviene precisar que la entrada en concurso de la cooperativa puede tener repercusiones patrimoniales en los socios en los casos en que se haya diferido el desembolso de la aportación. Hay que recordar que el socio responde por las deudas de la sociedad únicamente con el capital social suscrito si bien esta responsabilidad se extiende tanto a las aportaciones desembolsadas como a aquellas otras que se hayan diferido en el tiempo y que todavía no hayan sido satisfechas. Pues bien, la entrada en concurso de la cooperativa provoca que dichas aportaciones del socio cooperativista no desembolsadas entren a formar parte de la masa activa del concurso y que ya no deban ser desembolsadas en los plazos establecidos en los estatutos o acordados por los administradores sino que, de acuerdo al art. 48.4 LC, será la administración concursal la encargada de realizar la reclamación a los socios en el momento en que estime conveniente²⁴.

Finalmente y respecto a la responsabilidad por deudas conviene recordar también que el socio que haya causado baja de la cooperativa vasca no responderá por las deudas contraídas por la cooperativa con anterioridad a su baja, una vez que se haya fijado el importe de las aportaciones a rembolsar (art. 56.2) a diferencia de la previsión de la ley estatal donde los socios que hayan causado baja responderán personalmente por las deudas sociales, previa exclusión del haber social, durante cinco años desde la pérdida de su condición de socio, por las obligaciones contraídas por la cooperativa con anterioridad a su baja, hasta el importe reembolsado de sus aportaciones al capital social” (art. 15, pr. 3 y 4)²⁵.

De lo anteriormente expuesto queda claro que el socio cooperativista no responderá por las deudas de la sociedad frente a terceros pero, no obstante,

22. FAJARDO GARCÍA, “Las aportaciones voluntarias a capital social ante la reforma de la legislación cooperativa”, *CIRIEC-España: Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 13, 1993, pp.51 y ss.; GADEA, E., SACRISTÁN F., VARGAS VASSEROT, C., *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI*, pp.350-353; BROSETA/MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 2012, p. 650.

23. La introducción de esta norma pretende establecer con claridad que se deroga la anterior disposición que permitía que los estatutos establecieran si la responsabilidad del socio era o no limitada.

24. GRIMALDOS GARÍA, MI, “El concurso de la cooperativa y su repercusión en el patrimonio personal de los socios”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, pp.323 y ss.

25. DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “La baja obligatoria del socio”, *Revesco*, 1988-1989, pp.13 y ss.

conviene diferenciar la responsabilidad por deudas de la responsabilidad por pérdidas. En este sentido, mientras la responsabilidad por deudas alude a los compromisos asumidos por la sociedad con los terceros la responsabilidad por pérdidas del socio se refiere a una situación interna de la sociedad cooperativa que implica que si los resultados del ejercicio económico son negativos, es decir, si la diferencia entre ingresos y gastos de la sociedad arroja pérdidas, estas pérdidas se pueden imputar al patrimonio del socio. Y, en ese caso, el socio deberá responder ilimitadamente frente a la cooperativa por las cantidades así imputadas²⁶.

La imputación de pérdidas supone un sistema de saneamiento empresarial característico de las cooperativas²⁷. Los socios participan en la actividad cooperativizada generando un intercambio de prestaciones patrimoniales entre la sociedad y el socio que puede dar lugar a unos excedentes en los que el socio participa pero también unas pérdidas para la sociedad que el socio deberá asumir²⁸.

De esta manera y centrándonos en la ley vasca de cooperativas, su artículo 69 establece con carácter general la posibilidad de imputar las pérdidas al socio cooperativista²⁹. Así dispone que los estatutos deberán fijar los criterios para la compensación de las pérdidas, siendo válido imputarlas a una cuenta especial para su amortización con cargo a futuros resultados positivos, dentro del plazo máximo de cinco años. En este caso, las pérdidas quedarían por el momento sin sanear y sin imputarlas directamente a los socios, es decir, se reconoce la posibilidad de diferir en el tiempo la imputación de pérdidas.

26. Sobre la responsabilidad ilimitada o limitada del socio respecto a la imputación por pérdidas véase el apartado 4.2

27. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “El concurso de acreedores de la cooperativa”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, pp.115-132; FAJARDO GARCÍA, “La imputación de pérdidas en la cooperativa”, en AAVV, *La participación de los socios trabajadores en los resultados de la cooperativa*, Oñate, 2003; ÍDEM, *La gestión económica de la cooperativas: responsabilidad de los socios*, Madrid, 1997, pp.197 y ss.

28. PANIAGUA ZURERA, M., “La determinación y la distribución de los resultados del ejercicio económico en la Sociedad Cooperativa: propuestas de armonización legislativa”, p. 223; GADEA, E., SACRISTÁN F., VARGAS VASSEROT, C., *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI*, p.172; VITERI ZUBIA, I., “Incidencia de la liquidación concursal de la cooperativa en la sociedad de gananciales”, *Actualidad Civil*, 2014 (en prensa).

29. LARRAÑAGA, J. en PAZ N. (Dir.), *Glosa a la Ley de Cooperativas de Euskadi*, pp.264-266.

Posteriormente establece las reglas para la imputación de pérdidas si queremos imputarlas desde el primer momento. Así, establece que la cuantía de las pérdidas que no se compense con fondos de reserva voluntarios ni con el fondo de reserva obligatorio se deberá imputar a los socios que las generaron en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada uno de ellos con la cooperativa. La asamblea general, por tanto, será la encargada de imputar las pérdidas a los socios en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada uno de ellos con la cooperativa.

Una vez individualizadas las pérdidas la ley vasca establece también los modos en los que se pueden satisfacer. Así, se puede: i) satisfacer directamente mediante una aportación monetaria, o deducciones en sus aportaciones al capital social, o bien minorando cualquier inversión financiera del socio en la cooperativa dentro del ejercicio siguiente a aquel en que se hubieran producido; ii) satisfacer con cargo a los posibles retornos que correspondieran al socio en los cinco años siguientes. Y finaliza diciendo que “si quedasen pérdidas sin compensar, éstas deberán ser satisfechas por el socio en el plazo máximo de un mes”³⁰.

Por tanto, la ley reconoce la posibilidad de imputar las pérdidas a los socios cooperativistas siendo la asamblea general la encargada de individualizar dichas pérdidas. Ello significa que las pérdidas que hayan sido individualizadas pero todavía no han sido satisfechas por parte del socio cooperativistas podrán formar parte de la masa activa del concurso³¹ (art.76.1 LC) y se podrá exigir al socio su pago por parte de los administradores concursales.

No obstante, y con ocasión del concurso de acreedores de Fagor ha surgido la cuestión de que al no existir acuerdo de imputación de pérdidas de la asamblea general previa al concurso de acreedores ésta resultaba inexigible para los socios. Pues bien, esta afirmación debe ser matizada en el sentido de entender de que en el caso de que existan pérdidas imputables a los socios pero cuya cuantía no haya sido todavía individualizada antes de la fecha de declaración del concurso no puede mantenerse que deba ser la asamblea general la encargada de imputar las pérdidas ya que bastaría que la asamblea no se pronunciara sobre ello para que

30. GADEA, E., SACRISTÁN F., VARGAS VASSEROT, C., *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI*, p.508 y ss.

31. GRIMALDOS GARÍA, MI, “El concurso de la cooperativa y su repercusión en el patrimonio personal de los socios”, pp.323y ss.

los socios quedaran exonerados de tal obligación. En este caso, ha de entenderse que serán los administradores concursales los encargados de dicha tarea³².

4.2. Responsabilidad limitada o ilimitada

De lo anteriormente expuesto se deduce la posibilidad de imputar pérdidas al socio cooperativista si bien la duda se plantea si el socio debe responder por dichas deudas de forma limitada a la aportación al capital o si su responsabilidad es ilimitada debiendo responder personalmente más allá de esta aportación al capital. La ley vasca no establece expresamente, si la responsabilidad por pérdidas se limita o no a las aportaciones al capital o si los socios deben responder incluso en el caso de que ésta supere el valor de sus aportaciones lo que ha dado lugar a varias interpretaciones sobre el alcance de la responsabilidad por pérdidas. Se trata, no obstante, de un tema de gran importancia toda vez que de los argumentos esbozados a favor de una u otra interpretación dependerá el impacto que sobre el patrimonio personal de los socios cooperativistas puede generarse en una situación de concurso como la que se desarrolla actualmente.

De esta manera, partiendo del art.69 de la ley vasca de cooperativas cabe interpretarlo en el sentido de que una vez individualizada por la asamblea la cuantía de la imputación de pérdidas el socio deberá responder por dicha cuantía de forma ilimitada, de acuerdo al 1911CC, aunque ello supere la aportación social desde el momento en que la ley no lo limita expresamente. Además, los socios deberán responder sea cual fuere la procedencia de las pérdidas, es decir, responderán tanto por las pérdidas cooperativas, extracooperativas y extraordinarias. Y ello desde el momento en que la ley vasca no distingue entre los distintos tipos de resultados, pérdidas o beneficios cooperativos, extracooperativos y extraordinarios ni les otorga, en consecuencia, un régimen diferenciado en lo referente a la distribución de los excedentes³³ estableciendo la posibilidad de que los socios

32. GRIMALDOS GARCÍA, M.I., “El concurso de la cooperativa y su repercusión en el patrimonio personal de los socios”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, pp.323-343.

33. Las pérdidas cooperativas serían aquellas generadas por los socios en el desarrollo de la actividad cooperativizada; las pérdidas extracooperativas las derivadas de operaciones con terceros; y las pérdidas extraordinarias derivadas de actividades de operaciones ajenas a la actividad cooperativizada. Vid. MORILLAS JARILLO, M.J./FELIÚ REY, M.I., *Curso de Cooperativas*, Edit. Tecnos, Madrid, pp 426-429; FAJARDO GARCÍA, I.G., *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Edit. Tecnos, Madrid, 1997, pp.120-154; GADEA, E., *Derecho de las Cooperativas. Análisis de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas del País Vasco*, Bilbao, 1999, p. 225.

participen en el reparto de los mismos mediante el retorno o, en su caso, la dotación de reservas disponibles³⁴ (art. 66). En consecuencia a este planteamiento se considera que los socios también deben participar en el reparto de los resultados negativos sea cual fuere su procedencia lo que determina que responderán por todo tipo de pérdidas de la cooperativa independiente de su origen³⁵ lo que sin duda agrava de manera notable la responsabilidad del socio en estos casos³⁶.

De esta manera, declarado el concurso el crédito por imputación de pérdidas que aún no ha sido satisfecho pasará a formar parte de la masa activa del concurso (art. 76.1 LC) siendo la administración concursal la encargada de exigir el pago al socio cooperativista abierta la fase de liquidación concursal. Y ello porque es obligación de la administración concursal la de conservar la masa activa del modo más conveniente para los intereses del concurso (art. 43.1 LC) lo que supone que debe exigir los créditos que la sociedad disponga contra los socios por imputación de pérdidas y que no han sido satisfechas³⁷.

Sin embargo y teniendo en cuenta el fundamento que lleva a imputar las pérdidas a los socios se han defendido también otras posturas. De esta manera, la imputación de pérdidas se ha fundamentado tradicionalmente en la participación del socio en la actividad cooperativizada, en consonancia con el carácter

34. Sobre la distribución de excedentes y/o beneficios, GADEA, E., SACRISTÁN F., VARGAS VASSEROT, C., *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI*, pp.488 y ss; GADEA, E., *Derecho de las Cooperativas. Análisis de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas del País Vasco*, pp. 219 y ss.

35. SUSO VIDAL, JM., “La imputación de pérdidas al socio en la liquidación concursal de la cooperativa”, *Estudios sobre la Ley concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo V, pp.4847 y ss.

36. En este sentido tampoco el art. 59 LGC, siguiendo al legislador vasco, distingue a efectos de imputación entre los distintos tipos de pérdidas por lo que al socio se le imputarán las pérdidas cooperativas, extraoperativas y las extraordinarias, vid. SUSO VIDAL, JM., “La imputación de pérdidas al socio en la liquidación concursal de la cooperativa”, p. 4860; VITERI ZUBIA, I., “Incidencia de la liquidación concursal de la cooperativa en la sociedad de gananciales”, *Actualidad Civil*, 2014 (en prensa). No obstante, algunas leyes autonómicas han limitado expresamente la responsabilidad de los socios por las pérdidas sociales entre las que destacamos a la LCCV que dispone en su art. 69.3 que “si los estatutos lo establecen, las pérdidas derivadas de la actividad cooperativizada con los socios que se imputen a éstos, alcanzarán como máximo el importe total de los anticipos asignados a los socios en el ejercicio económico, más sus aportaciones al capital social y su participación en las reservas repartibles “. También la Ley de Cooperativas de Cantabria de 2013 que en su art. 72. 2 establece que “ las pérdidas se imputarán al socio hasta el límite de sus aportaciones al capital social”.

37. SUSO VIDAL, JM., “La imputación de pérdidas al socio en la liquidación concursal de la cooperativa”, *Estudios sobre la Ley concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, p. 4864.

cooperativo del tipo social, que hace que en caso de pérdidas éste deba asumirlas. Así, se ha mantenido también que, aunque la ley no lo establezca expresamente, la responsabilidad ilimitada debe corresponderse únicamente con las pérdidas cooperativas al tratarse estrictamente de las únicas deudas del socio. Así, se defiende que las pérdidas extracooperativas y las extraordinarias no tienen la consideración de pérdidas del socio y, por tanto, no puede predicarse la responsabilidad ilimitada del socio sino que responderán por ellas pero de manera limitada a la aportación³⁸.

E incluso se ha defendido que la responsabilidad limitada debe predicarse no únicamente de las pérdidas extracooperativas y extraordinarias sino que también de las pérdidas cooperativas aunque la ley no lo establezca expresamente. Y ello desde el momento en que la responsabilidad ilimitada por las pérdidas que se predica resulta incompatible con la declaración legal de responsabilidad limitada a la aportación social que se realiza en el art 56 y que de llevarla hasta sus últimas consecuencias se dejaría sin contenido la responsabilidad limitada que se predica en el art. 56³⁹. Por ello, desde otro sector doctrinal se entiende que los socios deben responder limitadamente por las pérdidas, sea cual fuere el origen de las mismas, únicamente hasta la cuantía de la aportación al capital⁴⁰.

38. Para un desarrollo más amplio de las distintas posturas, FAJARDO GARCÍA, I.G., “La masa activa y pasiva del concurso de cooperativas”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.V, Madrid, pp. 5235 y ss; PANIAGUA ZURERA, M., “La determinación y la distribución de los resultados del ejercicio económico en la Sociedad Cooperativa: propuestas de armonización legislativa”, *RdS*, 24, 2005, pp. 226 y ss; GRIMALDOS GARCÍA, M.I., “El concurso de la cooperativa y su repercusión en el patrimonio personal de los socios”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 11, 2009, pp.323; ENCISO ALONSO MUÑUMER, M., “El concurso de acreedores de la cooperativa”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 19, 2013.

39. No obstante, el sistema de responsabilidad ilimitada por pérdidas que se le impone al socio cooperativista no resulta contradictorio con el sistema de responsabilidad limitada frente a terceros. Se trata de dos cuestiones distintas. Más ampliamente, PANIAGUA ZURERA, M., “La determinación y la distribución de los resultados del ejercicio económico en la Sociedad Cooperativa: propuestas de armonización legislativa”, p. 204 y ss.

40. GRIMALDOS GARCÍA, M.I., “El concurso de la cooperativa y su repercusión en el patrimonio personal de los socios”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, pp.323-343; VILLAFANEZ PÉREZ, I., “Concurso de la cooperativa y consecuencias en las relaciones jurídicas con sus socios”, Tesis Doctoral inédita, Defendida en la Facultad de Derecho de San Sebastián EHU-UPV en julio 2013. Cuestión distinta sería que en casos de insolvencia pueda plantearse responsabilidades por infracapitalización, PAZ ARES, “Sobre la infracapitalización de sociedades”, *ADC*, 1983, pp. 262 y ss; en el ámbito cooperativo, PASTOR SEMPERE, C., *Los recursos propios en las sociedades cooperativas*, Madrid, 2002, pp. 136 y ss.

4.3. Las aportaciones financieras subordinadas Fagor

4.3.1. Características y normativa aplicable

Por otra parte, la entrada en concurso de Fagor Electrodomésticos S.Coop, ha provocado un conflicto social con las denominadas aportaciones financieras subordinadas, similares a las participaciones preferentes⁴¹, desde que numerosas personas han denunciado las condiciones de este producto financiero y han solicitado la devolución de las cantidades invertidas. En este sentido, la entrada en concurso de Fagor hace que resulte muy difícil recuperar el dinero a sus titulares por el carácter subordinado de este producto financiero.

Aunque presentan similitudes con las participaciones preferentes de las cajas de ahorro⁴² el concreto régimen jurídico de estas aportaciones financieras subordinadas se encuentra en el artículo 57.5 de Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi de acuerdo con la redacción dada a la misma por la Ley 1/2000 de 29 de junio. Mediante esta reforma el legislador vasco permitió la emisión de este producto financiero como medio para financiar la cooperativa con la consideración de capital social (art.57.5). En este sentido, las cooperativas al igual que las cajas de ahorro, no pueden emitir acciones como medio de financiación por lo que las aportaciones financieras subordinadas son el mecanismo utilizado por las cooperativas para poder financiarse con la consideración de recurso propio⁴³.

41. Sobre esta materia, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Las participaciones preferentes. Un híbrido financiero supletorio del capital social*, Cizur Menor, 2005; FERRANDO VILLALBA, L., “Las participaciones preferentes: regulación, caracteres y protección de los clientes bancarios”, en *Participaciones Preferentes: ¿se puede recuperar el dinero invertido? Prácticas bancarias y protección del consumidor (Doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)*, Cizur Menor, 2012, pp.15 y ss.; MAYORGA TOLEDANO, M.C., “El problema de las participaciones preferentes: déficit regulatorio o apariencia de protección”, en *Participaciones Preferentes: ¿se puede recuperar el dinero invertido? Prácticas bancarias y protección del consumidor (Doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)*, Cizur Menor, 2012, pp. 61 y ss.

42. Presentando grandes similitudes con las participaciones preferentes la principal diferencia consiste en que siendo en ambos casos la remuneración variable las aportaciones financieras subordinadas no están condicionadas a la obtención de beneficios lo que implica que no hayan dejado de pagar los cupones correspondientes. Otra de las diferencias que presenta con las participaciones preferentes es que en ellas el emisor y el comercializador es el mismo mientras que en el caso de las aportaciones financieras subordinadas el emisor y el comercializador son distintos desde el momento en que han sido emitidas por las sociedades cooperativas Eroski y Fagor y comercializado por varias entidades financieras aportaciones financieras subordinadas.

43. ARREGI, Z., “La financiación de las cooperativas en el marco legal español: especial referencia al art. 57.5 de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas de Euskadi”, *Informe Asesoría Jurídica de MCC*, 2004.

La introducción de las aportaciones financieras subordinadas se debe, en parte, al cambio de criterio de las Normas Internacionales de Contabilidad, y fundamentalmente por la NIC 32 (adoptada por el Reglamento núm. 2237/2004 de la Comisión, de 29 de diciembre de 2004)⁴⁴ que determinaban que el capital de las cooperativas no se contabilizara como recurso propio, ya que el derecho del socio al reembolso en caso de baja no resulta compatible con el carácter de recurso propio⁴⁵. En este sentido, se establecía un cambio en la manera en que tradicionalmente se ha contabilizado el capital social que pasa de ser recurso propio de la sociedad a tener que serlo como pasivo exigible determinado por la obligación de reembolso que tiene la sociedad en caso de baja del socio. Es en este contexto donde adquieren interés la emisión de aportaciones financieras subordinadas por parte de las cooperativas porque además de formar parte del capital social pueden garantizar el carácter de recurso propio en base a las Normas Internacionales de Contabilidad siempre que, entre otras cuestiones, no se otorgue un derecho de rescate anticipado a sus titulares⁴⁶.

Estas aportaciones financieras subordinadas forman parte de los denominados híbridos financieros⁴⁷ y se caracterizan por su i) consideración de capital social

44. También debe tenerse en cuenta la Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre por la que se aprueban las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas. Para un desarrollo más amplio del tema nos remitimos a GIMENO RIBES, M., “La paradoja del balance de las cooperativas: cuando los fondos propios son ajenos y los ajenos son propios (En torno a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 22 de febrero de 2012) *RdS*, Nº 40, 2013, p. 475-476; PASTOR SEMPERE, C., “Efectos jurídico-societarios tras la entrada en vigor de la Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, por la que se aprueban las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas (BOE de 29 de diciembre de 2010). ¿Podemos seguir considerando el capital social como elemento integrante del patrimonio neto contable?”, *RdS*, nº 36, 2011, pp.387-399.

45. Más ampliamente, GADEA, E., SACRISTÁN F., VARGAS VASSEROT, C., *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI*, pp. 382 y ss.

46. Vid. GIMENO RIBES, M., “La paradoja del balance de las cooperativas: cuando los fondos propios son ajenos y los ajenos son propios (En torno a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 22 de febrero de 2012), *RdS*, Nº 40, 2013, pp. 463-48; ARREGI, Z., “La financiación de las cooperativas en el marco legal español: especial referencia al art. 57.5 de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas de Euskadi”, *Informe Asesoría Jurídica de MCC*, 2004. Sobre instrumentos financieros cooperativos, vid. PASTOR SEMPERE, C., *Los recursos propios en las sociedades cooperativas*, 283 y ss.

47. Sobre los híbridos financieros, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Las participaciones preferentes. Un híbrido financiero supletorio del capital social*, pp. 47 y ss.

cuando su vencimiento sea perpetuo, es decir, cuando su vencimiento no tiene lugar hasta la liquidación de la cooperativa, aunque existe la posibilidad de que el emisor, en este caso Fagor, pueda amortizar la emisión anticipadamente, de forma total o parcial, una vez transcurrido un periodo mínimo de 5 años desde la fecha de desembolso. No obstante, esa posible amortización anticipada derivará exclusivamente de la voluntad de las entidades emisoras; ii) carácter subordinado lo que implica que, en caso de concurso, se sitúan a efectos de prelación de créditos detrás de todos los acreedores ordinarios y solo por delante de los socios (art. 92.2 y 158 LC y art. 57.7 LPV) lo que dificulta de manera notable la recuperación de la inversión realizada⁴⁸; iii) estas aportaciones tienen una retribución que podrá ser fija, variable o participativa y se representan por medio de títulos o anotaciones en cuenta, que podrán tener la consideración de valores mobiliarios si así se prevé en el acuerdo de emisión, en cuyo caso su régimen jurídico se ajustará a la normativa aplicable a estos activos financieros; iv) estas aportaciones en ningún caso atribuyen derechos de voto en la Asamblea General ni de participación en el órgano de administración; v) estas aportaciones han sido suscritas tanto por socios y trabajadores asalariados de la cooperativa como por terceros desde del momento en que la normativa exige que la emisión o contratación de estas aportaciones deba ser ofrecida, en cuantía no inferior al 50 por ciento, a los socios y trabajadores asalariados de la cooperativa antes de ofrecerse a terceros.

El carácter subordinado que presenta este producto financiero es lo que determina que, en un caso de concurso como el actual, se dificulte de manera notable la recuperación de la inversión realizada por parte de los inversores. Y ello desde el momento que su carácter subordinado hace que en caso de concurso se sitúen a efectos de prelación de créditos detrás de todos los acreedores ordinarios y solo por delante de los socios (art. 92.2 y 158 LC y art. 57.7 LPV)⁴⁹.

48. Con carácter general véase ALONSO LEDESMA, C., “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación” en *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, Madrid, 2003, pp.357 y ss; “La reforma en materia de subordinación crediticia”, *R.D.C.P.*, núm.11, 2009, pp.59 y ss; “Créditos contra la masa, comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos”, *R.D.C.P.*, núm.14, 2011, pp. 41 y ss.

49. En caso de concurso se considera también que sus titulares no cobran antes que los socios sino en las mismas condiciones que éstos al tener las aportaciones financieras subordinadas la consideración de capital social en caso de liquidación. No obstante, si bien estas financiaciones serían capital social en sentido económico sus titulares no adquieren por ello la condición de socio sino que tendrían la consideración de acreedores atención a sus derechos y obligaciones. Al tener la consideración de capital social

Ello ha provocado que muchos de los inversores de estas aportaciones financieras subordinadas se pregunten sobre la posibilidad que tendrán de recuperar su inversión. Por ello, teniendo en cuenta la dificultad de recuperar la inversión en una situación concursal conviene analizar si la recuperación de la inversión puede venir a través de otras vías, en concreto analizando si se han respetado en la comercialización de estos productos los deberes de información que se imponen a las entidades comercializadoras.

Para poder abordar esta cuestión y, sobre todo, analizar si se han respetado los deberes de información necesarios en la comercialización de estos productos debemos tener en cuenta que, de acuerdo a las características analizadas anteriormente, las aportaciones financieras subordinadas son un producto financiero complejo y de alto riesgo y, por ello, cobran especial importancia las normas que imponen deberes de información a las entidades comercializadoras de estos productos. En concreto, esto se produjo de manera clara en el año 2007 en el que se aprobó la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la Ley del Mercado de Valores y mediante la que se traspuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre mercados de instrumentos financieros (MiFID). Los artículos 78 y ss LMV suponen una novedad en las relaciones con los clientes e inversores en ámbitos como la intensidad de la obligación de informar que pesa sobre las entidades comercializadoras o los principios que deben regir la actuación de estas entidades en la relación con sus clientes. De esta manera, se ha profundizado en la protección de los intereses de los clientes precisando las obligaciones de las entidades comercializadoras. Entre estos deberes, se encuentra aquel en el que las entidades se ven obligadas a clasificar a sus clientes en función de sus conocimientos financieros. De esta manera, antes de la celebración del contrato las entidades financieras deben asegurarse de los conocimientos, experiencia financiera y objetivos perseguidos por el cliente, mediante una evaluación de conveniencia o idoneidad (test de conveniencia). Así, la ley distingue entre clientes

deberían reembolsarse en el mismo plano que las aportaciones al capital o antes de proceder al reembolso de las aportaciones al capital pero siempre después de haber satisfecho la totalidad de los créditos de la cooperativa, incluidos los subordinados. En todo caso, no pasarán a formar parte de la masa pasiva. Ver PASTOR SEMPERE, C., “Capítulo III. El régimen económico: principales aspectos”, en AAVV (Coord. Alonso Espinosa, f.j.), *La sociedad cooperativa en la ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas*, Comares, Granada, 2011, p.127.

profesionales y clientes minoristas, y establece cautelas y obligaciones en función del diferente perfil del cliente. En este sentido, se intensifica la obligación de informar en el caso del inversor minorista o no profesional a quien se debe informar de manera adecuada sobre el instrumento financiero contratado y los posibles riesgos inherentes a la operación.

No obstante, toda esta normativa protectora del inversor (MiFID) que se ha aprobado a partir del año 2007 no estaba vigente en el momento de la emisión y comercialización de muchas de las aportaciones financieras subordinadas Fagor⁵⁰, si bien la normativa vigente entonces es clara también en el sentido de que todos los inversores deberían haber sido bien informados de las características de estos productos. El derogado Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, imponía el deber de proporcionar toda la información relevante para que los inversores conformasen su voluntad con pleno conocimiento. Así, regulaba en su artículo 16 el deber de información sobre las operaciones realizadas y precisaba que *“dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los clientes.”* En el anexo de esta disposición, se recogía un código general de conducta de los mercados de valores, en cuyo art. 5.3 se señalaba que: *“La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.”*⁵¹

50. Se realizaron dos emisiones registradas en la CNMV entre 2003 y 2006.

51. Además, en su condición de consumidor también resulta de aplicación toda la normativa en materia de consumidores y usuarios, en concreto el art. 60 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que *“antes de contratar el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular, sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo”*.

4.3.2. Remedios jurídicos

Como ya hemos venido adelantando, la entrada en concurso de acreedores de Fagor dificulta de manera notable la recuperación de la inversión realizada en aportaciones financieras subordinadas desde el momento que el carácter subordinado de este producto hace que en caso de concurso como éste se sitúen a efectos de prelación de créditos detrás de todos los acreedores ordinarios y solo por delante de los socios (art. 92.2 y 158 LC y art. 57.7 LPV). Ello ha provocado que muchos de los inversores de estas aportaciones financieras subordinadas se pregunten sobre la posibilidad que tendrán de recuperar su inversión.

Para afrontar este problema debemos tener presente que las aportaciones financieras subordinadas Fagor son un producto financiero perfectamente legal y autorizado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores pero no es menos cierto que, en la mayor parte de los casos, la comercialización de estas aportaciones financieras por algunas entidades financieras se ha realizado sin haberles proporcionado una información adecuada sobre sus características y ofreciendo a los consumidores un producto financiero de elevada complejidad y alto riesgo como si se tratara de un simple depósito a plazo. La emisión de estas aportaciones financieras implicaba el conocimiento de que el inversor se encontraba ante un producto complejo perpetuo, sin plazo de vencimiento, sin liquidez en el mercado y con una rentabilidad condicionada a la existencia de beneficios. No obstante, las personas afectadas que suscribieron las aportaciones subordinadas denuncian que la información que les fue facilitada incidía en la rentabilidad de la inversión, en su carácter temporal y en la posibilidad de recuperar el dinero de una manera sencilla en un breve período de tiempo desde que se realizaba la solicitud de venta. No obstante, al tratar de recuperar su inversión han tenido conocimiento de que el producto adquirido tiene la consideración de financiación subordinada, cuyo vencimiento no va a tener lugar hasta que, en su caso, se liquide la sociedad en la que se ha invertido. Lo que consideraban que eran inversiones seguras y recuperables han resultado ser unos productos de ahorro e inversión complejos, de alto riesgo y que no pueden ser rescatados en cualquier momento⁵².

52. Véase la Resolución del Ararteko de 12 de junio de 2013, por la que se da respuesta a las quejas sobre comercialización de las aportaciones financieras subordinadas de Eroski y Fagor.

En este sentido, la comercialización de las aportaciones financieras presenta similitudes con las participaciones preferentes en el sentido de que tratándose de productos financieros complejos han sido comercializados entre inversores minoristas que en muchas ocasiones no tienen conocimientos suficientes para comprenderlos y que los adquirieron confiando en el buen hacer de las entidades de crédito que se los ofrecieron.

Esta supuesta mala comercialización de este producto financiero puede dar lugar, en un primer momento, a la imposición de sanciones administrativas a las entidades comercializadoras por parte de los organismos supervisores. En este sentido, la CNMV⁵³, junto con el Banco de España, son los organismos encargados de revisar la comercialización de estos productos financieros con el objeto de verificar la adecuada aplicación de la normativa de evaluación previa de los conocimientos y experiencia de los clientes. En este sentido, cuando la CNMV detecta situaciones de incumplimiento puede incoar un expediente por mala comercialización de estos productos contra las entidades financieras correspondientes. No obstante, la tramitación de este expediente por parte de la CNMV finaliza, en su caso, con la imposición de sanciones administrativas pero no supone la indemnización por los perjuicios económicos sufridos. Para ello, el inversor deberá acudir a los tribunales y reclamar los daños judicialmente contra las entidades comercializadoras por el eventual incumplimiento de su obligación de informar⁵⁴ en el caso de que consideremos que éstas no han ofrecido una información completa, pertinente, precisa sobre este producto financiero complejos y de alto riesgo al igual que lo están haciendo algunos de los afectados por los problemas de las preferentes de la banca⁵⁵. Y para ello deberán optar por alguno de los remedios jurídico privados que el Derecho reconoce y a los que en las siguientes líneas nos referiremos.

53. www.cnmv.es

54. FERRANDO VILLALBA, L., “El deber general de informar de las entidades de crédito”, en ORDUÑA MORENO, F.J. (Dir.), *Contratación y servicio financiero*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp.169 y ss.; ALONSO ESPINOSA, F., “Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito”, *Diario La Ley*, núm. 7875, Sección Doctrina, 7 de junio 2012, pp.8 y ss.

55. En relación a las participaciones preferentes pero aplicable también al supuesto de las aportaciones financieras subordinadas, GUERRERO, C., “Las acciones y participaciones preferentes: acciones judiciales y estrategias de defensa” en *Participaciones Preferentes: ¿se puede recuperar el dinero invertido? Prácticas bancarias y protección del consumidor (Doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)*, Cizur Menor, 2012, pp.49 y ss.

De los diferentes remedios jurídico-privados, en la mayoría de los supuestos de reclamaciones ante los tribunales se ha optado por solicitar la anulación del contrato de adquisición de las aportaciones financieras subordinadas desde el momento en que el consentimiento de las partes fue prestado de forma errónea, al desconocer las características y el objeto de las órdenes de compra suscritas como consecuencia de la falta de información ofrecida por parte de las entidades⁵⁶. Así, desde el punto de vista del Derecho de los contratos se puede instar la nulidad del contrato de adquisición de las aportaciones financieras por vicios en el consentimiento provocado por error o dolo (art. 1300 CC)⁵⁷ recuperando el capital invertido y, solicitando, si concurren los presupuestos una indemnización de daños y perjuicios. En este caso la acción caduca a los cuatro años desde la suscripción de las acciones⁵⁸.

Existirá error, si la falta de información o la información proporcionada sobre las aportaciones financieras subordinadas provocan en el inversor una falsa representación sobre los elementos esenciales de dicho producto que le lleva a suscribir las aportaciones financieras subordinadas. Para que este error vicie el consentimiento es necesario que recaiga sobre los elementos esenciales de la inversión entendiéndose a estos efectos como elementos esenciales el carácter complejo y de

56. En este sentido, respecto a las participaciones preferentes, con las que las aportaciones financieras subordinadas guardan una gran relación vid. SJ1ºI (15) de Zaragoza, de 9 de septiembre 2009 (AC 2012,451); SAP Murcia, de 1 de abril de 2011 (AC 1983). STS (Sala Civil) núm.244/2013, de 18 de abril, RJ (2013/3387); SAP Granada (Sección 4º), núm. 318/2013, de 4 de octubre AC (2013/2008); SAP Islas Baleares (Sección 3º), núm. 291/2013, de 17 de julio; SAP Madrid (Sección 25), núm. 239/2013, de 24 de mayo JUR (2013/215035); SAP Islas Baleares (Sección 5º), núm. 514(2012, de 3 de diciembre; SAP Alicante (Sección 4), núm. 377/2012, de 27 de septiembre (AC 2012/1919); SAP Valladolid (Sección 1), núm. 243/2012, de 27 de septiembre AC 2012/2148; SAP Madrid (Sección 10), núm. 428/2012, de 26 de junio AC 2012/465; SJ1ºInst. Gasteiz (núm. 5), núm. 72/2013, de 26 de marzo AC 2013/737.

57. En este sentido en la STS de 21 de noviembre de 2012 se fijan unas pautas para analizar la concurrencia del vicio de consentimiento. En concreto en su fundamento jurídico cuarto establece que “...hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero , 295/1994, de 29 de marzo , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , 695/2010, de 12 de noviembre , entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea...”.

58. Además de la anulación del negocio por vicios en el consentimiento también se suele instar la nulidad de algunas condiciones generales y la declaración como engañosa de determinada publicidad. A modo de ejemplo, la SJMercantil nº 1 de Bilbao, núm. 20/2014, de 27 de enero de 2014.

alto riesgo del producto o su vencimiento entre otros (art. 1266CC) y que además sea excusable, es decir, que no haya podido evitarse con una diligencia media. En otras ocasiones, el vicio del consentimiento puede deberse a una actuación dolosa de las entidades comercializadoras. En estos casos se entendería que concurre dolo cuando la entidad comercializadora actuara con propósito de engañar y mediante palabras o maquinaciones insidiosas indujera al inversor, a celebrar un contrato que de otra forma no lo hubiera celebrado (art.1269 CC). En estos casos de dolo se puede solicitar también la anulación del negocio en base a los art. 1300 y ss CC si el dolo es grave o reclamar una indemnización de daños y perjuicios en caso de que el dolo sea incidental (1270 CC).

En este punto surge la cuestión de la carga de la prueba en torno a la información recibida sobre las características de las aportaciones financieras subordinadas. En este sentido, el hecho de que la legislación establezca deberes de información hacia las entidades comercializadoras determina que se invierta la carga de la prueba de acuerdo al art.217.7 LECIV y que la carga de la prueba de la existencia de una información suficiente y veraz deba recaer sobre la entidad financiera respecto de la cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal⁵⁹.

De esta manera, se pueden apreciar fallos judiciales recientes en materia de aportaciones financieras subordinadas que acreditan que la comercialización de dicho producto se ha llevado incumpliendo los deberes de información que la legislación impone a las entidades financieras comercializadoras produciéndose casos de información insuficiente o deficiente llegando, en algunos casos, a abusar de la confianza de algunas personas sin conocimientos ni experiencia necesarias para comprender el riesgo inherente al producto⁶⁰. Entre todas ellas, destacamos la reciente Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao , nº 20/2014, de 27 de enero que estima una demanda de ADICAE contra BBVA en la que se solicitaba la nulidad de los contratos por los que 71 consumidores habían adquirido “aportaciones financieras subordinadas de Eroski” (AFSE) además de la

59. SAP Valencia, de 12 de julio del 2012 (3458/2012).

60. En este sentido se manifiestan la SAP Álava (Sección 1º), núm. 351/2013, de 10 de octubre AC 2013/1856; SAP Valladolid (Sección 3º), núm. 211/2013, de 5 de septiembre AC 2013/1674; S1ºInst. Bergara (nº3), núm. 48/2013, de 30 de julio 2013 y la reciente SJMercantil nº1 de Bilbao, nº 20/2014, de 27 de enero de 2014 .

nulidad de determinadas condiciones generales y la declaración como engañosa de determinada publicidad⁶¹.

En estas decisiones judiciales, más protectoras de los intereses de los inversores, ha adquirido gran relevancia el perfil del inversor: una persona inexperta, con un carácter conservador en sus inversiones, con desconocimiento en la materia y que no está al corriente de la gran cantidad de productos existentes en el mercado⁶².

61. La sentencia establece que *“Los clientes del banco piden que se anule la compra de las AFSE porque, según dicen, no se les dio información suficiente sobre el producto que adquirirían. La entidad bancaria comercializadora sostiene, en cambio, que ofreció información completa sobre las características del producto. Planteado en estos términos el pleito, le hubiese bastado al banco con aportar un contrato por escrito, firmado por los demandantes, donde se recogiesen con la suficiente claridad las características del producto que compraban, incluidos sus riesgos. De esta forma, los adquirentes hubiesen quedado obligados a cumplir lo firmado y a asumir las consecuencias del error en el que hubiesen podido incurrir (art. 1091 CC). Pero, por sus intereses comerciales, la entidad financiera elige otra forma de colocación de este “producto complejo” de inversión entre sus clientes minoristas (consistente en la información verbal de los comerciales del banco y firma de la “orden de compra” por los clientes, con ausencia de un contrato escrito de adquisición del producto donde conste de forma comprensible sus condiciones). Siendo así, debe cargar con la prueba de acreditar que la información que estaba obligada a dar sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes fue la correcta, en particular sobre los aspectos menos ventajosos de la inversión, y soportar las consecuencias jurídicas desfavorables derivadas de las dudas que recaigan sobre la falta de acreditación de dicha circunstancia”. Debe declararse la nulidad de los contratos por vicio del consentimiento (arts. 1265 y 1300 CC). Porque “Los demandantes en modo alguno pudieron formar adecuadamente su voluntad contractual al carecer de los elementos sensibles e imprescindibles para poder conocer el alcance del negocio jurídico que les era ofrecido, sin que tal defecto les sea reprochable pues se limitaron a asentir a la oferta que les proponían los empleados de la sucursal” (SAP de Pontevedra de 04.04.13). Y así, el consentimiento prestado está viciado por el error, que recae sobre una de las características principales del producto, “porque la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta...es decir, la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea” (STS 21.11.2012). Este error, es relevante, ya que recae sobre la característica principal del producto, la posibilidad de recuperación de los ahorros invertidos, y no es imputable a los clientes, sino a la entidad financiera demandada, que estaba legalmente obligada, ya desde la primera redacción del art. 79 Ley del Mercado Valores, a suministrar información suficiente, comprensible y adecuada a sus clientes en atención a su eventual decisión en materia inversora (STS 12.11.04 y la citada SAP Pontevedra de 04.11.13).*

62. En este sentido se pronuncian las SAP Álava 22.6.2011 (AC 854); SJ1º Instancia nº 1 de Cambados de 10.7.2012 (AC 456); SJ1º Instancia nº 10 de Pontevedra, 24.9.2010 (AC 458); SJ1º Instancia nº 5 de Valencia de 13.6.2012 (AC 461); SJ1º Instancia nº 1 de Bilbao de 19.11.2010 (AC 462).

5. Conclusión

La apertura del concurso de acreedores de Fagor Electrodomésticos ha provocado una gran preocupación en Euskadi y, en concreto, en el entorno de la población de Mondragón, donde se ubican principalmente las empresas cooperativas de la Corporación (MCC). En este trabajo se han intentado describir y analizar algunos aspectos que se han considerado de especial relevancia como es la posible repercusión que sobre el patrimonio de los socios cooperativistas y adquirentes de las aportaciones financieras subordinadas puede acarrear la entrada en concurso de la entidad. Junto con esta finalidad principal hemos considerado también de interés contextualizar la situación desde el momento que afecta a una cooperativa y lo que ello supone en cuanto a modelo de gestión socialmente responsable. En este sentido, nos hemos referido también al futuro al que se enfrenta el cooperativismo vasco cuando asume la estructura de una multinacional, en cuyo marco se hace necesario aunar los principios tradicionales del cooperativismo con los retos que la globalización económica plantea.

Bibliografía

- ALONSO ESPINOSA, F., “Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito”, *Diario La Ley*, núm. 7875, Sección Doctrina, 7 de junio 2012.
- ALONSO LEDESMA, C., “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación”, en *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, Madrid, 2003; ÍDEM “La reforma en materia de subordinación crediticia”, *R.D.C.P.*, núm.11, 2009; “Créditos contra la masa, comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos”, *R.D.C.P.*, núm.14, 2011.
- ARREGI, Z., “La financiación de las cooperativas en el marco legal español: especial referencia al art. 57.5 de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas de Euskadi”, *Informe Asesoría Jurídica de MCC*, 2004.
- BATALLER GRAU, J. (Dir.), *Pérdidas, disolución y concurso en sociedades cooperativas*, Madrid, 2012.
- BRADLEY, K./GELB A., *Cooperativas en marcha*, Barcelona 1985
- BROSETA/MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 2012.
- CABALLER MELLADO, V., “Reflexiones en torno al cooperativismo (La situación española actual)”, *C.I.R.I.E.C.*, nº 5, 1988.
- CASTAÑO-GONZÁLEZ, *Manual de constitución y funcionamiento de cooperativas*, Barcelona, 1996.
- CELAYA, A., “Sociedad cooperativa de trabajo y sociedad anónima laboral. Configuración societaria comparada”, *RDM*, 1989.
- CSCE-EKGK: *Historia del Consejo superior de cooperativas de Euskadi: 1983-2009*. Recuperado de http://www.csce-ekgk.coop/galeria/CSCE%20CAST_3nov.pdf.
- DIVAR GARTEIZAURRECOA, J., *Régimen jurídico de las sociedades cooperativas*, Bilbao, 1987; ÍDEM, “El cooperativismo y la economía social en el País Vasco”, *CIRIEC-España: Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 0, 1987.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “La baja obligatoria del socio”, *Revesco*, 1988-1989.

- EMBID IRUJO, *Concentración de empresas y Derecho de cooperativas*, Murcia, 1991; IDEM, “La integración cooperativa y su tratamiento en la Ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas de Euskadi”, *Estudios de Derecho Mercantil homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, I, Valladolid, 1998.
- ENCISO ALONSO MUÑUMER, M., “El concurso de acreedores de la cooperativa”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 19, 2013.
- ERRASTI, A: “Euskal Dragoiak Erdiko Erresuman: Mondragon Taldeko Multinazionalak Txinan”, *Uztaro* nº 84, 2013.
- ERRASTI AMOZARRAIN, A.M: Modelos de empresa multinacional democrática o cooperativa”, *Cuadernos de Gestión* vol. 4, nº 2, 2004.
- ERRASTI, A.M, HERAS, I; ELGOIBAR, P y BEGIRISTAIN, A: “La internacionalización de las Cooperativas y su responsabilidad social”, *Revista de Dirección y Administración de Empresas* nº 10, 2002.
- FAJARDO GARCÍA, I.G., “La masa activa y pasiva del concurso de cooperativas”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.V, Madrid; ÍDEM, “Las aportaciones voluntarias a capital social ante la reforma de la legislación cooperativa”, *CIRIEC-España: Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 13, 1993; ÍDEM, “La imputación de pérdidas en la cooperativa”, en AAVV, *La participación de los socios trabajadores en los resultados de la cooperativa*, Oñate, 2003; ÍDEM, *La gestión económica de la cooperativas: responsabilidad de los socios*, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Las participaciones preferentes. Un híbrido financiero supletorio del capital social*, Cizur Menor, 2005.
- FERRANDO VILLALBA, L., “Las participaciones preferentes: regulación, caracteres y protección de los clientes bancarios”, en *Participaciones Preferentes: ¿se puede recuperar el dinero invertido? Prácticas bancarias y protección del consumidor (Doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)*, Cizur Menor, 2012, pp.15 y ss.; ÍDEM. “El deber general de informar de las entidades de crédito”, en ORDUÑA MORENO, F.J. (Dir.), *Contratación y servicio financiero*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- GADEA, E., *Derecho de las Cooperativas. Análisis de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas del País Vasco*, Bilbao, 1999.
- GADEA, E./ SACRISTAN F./ VARGAS VASSEROT, C. (Dirs.), *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI*, Madrid, 2009

- GARATE, J.I; LAFUENTE, J.L; MADINAGOITIA, J.L y SINDE, J.M: “Respuestas cooperativas a un escenario de crisis: el caso de la Corporación de Mondragón”, *Revista de Contabilidad y Dirección*, vol. 11, 2010.
- GIMENO RIBES, M., “La paradoja del balance de las cooperativas cuando los fondos propios son ajenos y los ajenos son propios. En torno a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 22 de febrero de 2012”, *RdS*, Nº 36, 2011
- GOMORRO, I., *Experiencia cooperativa en el País Vasco*, 1975, Bilbao.
- GUERRERO, C., “Las acciones y participaciones preferentes: acciones judiciales y estrategias de defensa”, en *Participaciones Preferentes: ¿se puede recuperar el dinero invertido? Prácticas bancarias y protección del consumidor (Doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)*, Cizur Menor, 2012.
- GRIMALDOS GARCÍA, M.I., “El concurso de la cooperativa y su repercusión en el patrimonio personal de los socios”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 11, 2009.
- INNOBASQUE: INNOBASQUE (Agencia Vasca de la Innovación): *RSE y Competitividad en Euskadi. Una aproximación desde la innovación social*, Innobasque ed., Zamudio, 2011
- LUZARRAGA, J.M e IRIZAR, I: La estrategia de multilocalización internacional de la Corporación de Mondragón, *Ekonomiaz* nº 79, 2012.
- MARÍN SÁNCHEZ/MARÍ-VIDAL/SEGUI-MAS/MATEOS-RONCO, “Las pérdidas en las cooperativas: análisis de la legislación sustantiva, contable y fiscal”, en BATALLER GRAU, J. (Dir.), *Pérdidas, disolución y concurso en sociedades cooperativas*.
- MAYORGA TOLEDANO, M.C., “El problema de las participaciones preferentes: déficit regulatorio o apariencia de protección”, *Participaciones Preferentes: ¿se puede recuperar el dinero invertido? Prácticas bancarias y protección del consumidor (Doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios)*, Cizur Menor, 2012.
- MENDIZABAL ETXABE, A; BEGIRISTAIN ZUBILLAGA, A y ERRASTI AMOZARRAIN, A: “Deslocalizaciones y empleo cooperativo. El caso de Fagor Electrodomésticos, S. Coop”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y cooperativa* nº 52, 2005.
- MENDIZABAL, A; ERRASTI, A y ETXEZARRETA, E: “Lekualdatzeak eta enplegu kooperatiboa Fagor Elektrotresnak E. Koop.-ren ataka”, *Uztaro* nº 57, 2006.

- MOLINA, F., *Fagor Electrodomésticos. Historia de una experiencia cooperativa*, Mondragón, 2006
- MORENO, F.J. (Dir.), *Contratación y servicio financiero*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- MORILLAS JARILLO, M.J/ FELÍU REY, M.I: *Curso de cooperativas*, Madrid, 2002.
- PANIAGUA ZURERA, M., “La determinación y la distribución de los resultados del ejercicio económico en la Sociedad Cooperativa: propuestas de armonización legislativa”, *RdS*, 24, 2005.
- PASTOR SEMPERE, C., *Los recursos propios en las sociedades cooperativas*, Madrid, 2002; ÍDEM “Capítulo III. El régimen económico: principales aspectos”, AAVV (Coord. Alonso Espinosa, f.j.), *La sociedad cooperativa en la ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas*, Comares, Granada, 2011; ÍDEM “Efectos jurídico-societarios tras la entrada en vigor de la Orde EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, por la que se aprueban las normas sobre aspectos contables de las sociedades cooperativas (BOE de 29 de diciembre de 2010) ¿Podemos seguir considerando el capital social como elemento integrante del patrimonio neto contable?”, *RdS*, nº36, 2011.
- PAZ CANALEJO (Dir.), *Glosa a la Ley de Cooperativas de Euskadi*, Vitoria-Gasteiz, 1999
- PENDAS DÍAZ, B. y otros, *Manual de Derecho cooperativo*, Madrid, 1987.
- SUSO VIDAL, JM., “La imputación de pérdidas al socio en la liquidación concursal de la cooperativa”, *Estudios sobre la Ley concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo V, Madrid.
- THOMAS, H./LOGAN, C., *Mondragón. Un análisis económico*, Madrid, 1991
- URDANGARIN, C: “Internacionalización de Mondragónn Corporación Cooperativa”, *Ekonomiaz* nº 44, 1999, pp. 238-255 y CLAMP, C: “The Evolution of Management in the Mondragon Cooperatives” *Mapping Cooperative Studies in the Millenium*, University of Victoria, Victoria, 2003.
- VILLAFÁÑEZ PÉREZ, I., “Concurso de la cooperativa y consecuencias en las relaciones jurídicas con sus socios”, *Tesis Doctoral inédita*, Defendida en la Facultad de Derecho de San Sebastián EHU-UPV en julio 2013.

TRANSMISIÓN DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES EN LA REFORMA PROPUESTA DE LA LEY DE SOCIEDADES LABORALES

M^a del Mar Andreu Martí

Profesora titular de Derecho Mercantil
Universidad Politécnica de Cartagena

RESUMEN

En el trabajo se analiza el régimen jurídico de transmisión de las acciones y participaciones sociales en las sociedades laborales que presenta significativas diferencias según se trate de transmitir cuotas sociales de carácter “laboral” o “general”, así como la conversión derivada de dicha transmisión. A estos efectos, se estudian, de forma paralela, la regulación vigente contenida en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, y la proyectada en la *Propuesta de Ley de Sociedades Laborales* presentada por la Confederación Empresarial de Sociedades Laborales de España (en adelante CONFESAL) en 2013, a efectos de determinar si esta reforma se adecua o no a las necesidades del actual panorama societario español.

PALABRAS CLAVE: Reforma sociedades laborales, transmisión de acciones y participaciones, reclasificación del capital.

SHARE AND PARTICIPATION SHARE TRANSFERS IN THE PROPOSED REFORM OF THE SPANISH LABOUR COMPANIES LAW**ABSTRACT**

The paper analyzes the regulation on the transfer of shares and equity participations within employee-owned companies (“sociedades laborales”). The transfer has important differences depending on the “labour” or “general” character of the shares or equity participations involved and in the conversion resulting from the transfer. In this regard, the Law 4/1997, of 24th March, on employee-owned companies (“sociedades Laborales”) and the proposal for a new law on employee-owned companies submitted by CONFESAL in 2013, will be examined with the purpose of concluding if the future law reform is suitable for the needs of the current Spanish company system.

KEY WORDS: Employee-owned companies reform; transfer of shares and equity participations; share capital reclassification.

SUMARIO

I. Introducción. II. Régimen de transmisión de acciones y participaciones. 1. Consideraciones previas. 2. Transmisión voluntaria inter vivos de acciones y participaciones de “clase laboral”. 3. Transmisión voluntaria inter vivos de acciones y participaciones de “clase general”. 4. Transmisión forzosa de acciones y participaciones sociales. 5. Transmisión mortis causa de acciones y participaciones sociales. 6. El valor de las acciones y participaciones en la transmisión. III. La reclasificación del capital social. 1. Conversión de acciones y participaciones de “clase general” en “laboral”. 2. Conversión de acciones y participaciones de “clase laboral” en “general”. IV. Consideraciones finales. Bibliografía.

I. Introducción

Las casi dos décadas transcurridas desde la promulgación de la vigente Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales¹ (en adelante LSL)² determinan la necesidad de reformar su régimen jurídico. Varios y de distinta naturaleza son los factores confluyentes que aconsejan dicha reforma.

Por una parte, factores estrictamente jurídicos como son las múltiples modificaciones normativas que, en muy distintos ámbitos, ha sufrido nuestro Derecho

1. BOE nº 72, de 25 de marzo de 1997.

2. Para su estudio vid., entre otros, AAVV, *Régimen jurídico de las Sociedades Laborales (Ley 4/1997)* (dir. ALONSO ESPINOSA, F.J.), Valencia, 1997; GÓMEZ CALERO, J., *Las sociedades laborales*, Granada, 1999; NEILA NEILA, J.M., *Sociedades Laborales. Análisis sistemático de la Ley 4/1997, de 24 de marzo*, Madrid, 1998; PAGADOR LÓPEZ, J., *Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca*, en *Tratado de Derecho Mercantil*, t. XII, vol. 2º, Madrid, 2005; RUIZ PERIS, I., “Breves reflexiones en materia de sociedades laborales y acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”, en AAVV, *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, vol. IV, pp. 4.367 y ss.; SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./ GOÑI SEIN, J.L./ HUCHA CELADOR, F./ PERDICES HUETO, A., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. URÍA, R./ MENÉNDEZ, A./ OLIVENCIA, M.), t. XV, *Sociedades Laborales (Ley 4/1997, de 24 de marzo)*, Madrid, 2000; SANTOS MARTÍNEZ, V., “Sociedades laborales: implantación y renovación de una peculiar figura societaria”, en AAVV, *Libro homenaje, cit.*, pp. 4.379 y ss.; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M./BARBERENA BELZUNCE, I., *Las sociedades laborales*, Pamplona, 1998.

de sociedades, tanto en sede de sociedades de capital, como de sociedades cooperativas. Junto a esta perspectiva societaria, también influyen las distintas reformas laborales que se han ido sucediendo y, en especial, la ausencia de mecanismos eficaces en la LSL para incentivar a los trabajadores y a las empresas para que integren a nuevos trabajadores socios³. En este sentido, conviene tener presente que esta es precisamente la finalidad y el rasgo diferenciador de las sociedades laborales: que el control de la sociedad esté en manos de sus trabajadores y que se potencie que los trabajadores indefinidos vayan adquiriendo la condición de socio. De este modo, se da cumplimiento al mandato constitucional del art. 129.2 de la Constitución española que establece que los poderes públicos deben promover eficazmente la participación en la empresa estableciendo los medios necesarios para facilitar el acceso de los trabajadores a los medios de producción.

Por otra, factores socio-económicos como son la gravísima quiebra de confianza en el seno del sistema financiero como consecuencia de la reciente –y aún presente– recesión y/o crisis económica que ha generado intensas restricciones en el crédito a las empresas y un elevadísimo aumento del desempleo. En este aspecto, conviene tener presente que se ha constatado que las sociedades laborales, al igual que otros tipos sociales de la economía social, han logrado sostener el empleo de forma mucho más positiva que otros tipos capitalistas. Además, desde un plano más general, aunque no por ello menos relevante, la modernización de su regulación permitirá que los emprendedores dispongan de una vestidura jurídica idónea para, con su elección, contribuir a conformar una economía del siglo XXI más sostenible y socialmente responsable.

Por todos estos factores la reforma de la vigente LSL está siendo impulsada, desde hace ya varios años, por la organización representativa de las sociedades laborales en nuestro país, CONFESAL, consciente de la necesidad de modernizar este tipo social como instrumento al servicio de la economía social. Así, ya se intentó en el año 2009 con su *Proposición de Ley de Sociedades Laborales* (en adelante PLSL-2009) aunque diversas vicisitudes impidieron que la reforma fruc-

3. En concreto, en su introducción la PLSL-2009 destacaba, entre los factores jurídicos que justificaban la urgencia de la reforma, la obsolescencia de la LSL “ante la aparición de normativas que inciden muy directamente en el mantenimiento y creación de nuevas sociedades, tales como la reforma laboral, el fomento del trabajo autónomo, así como la falta de una adecuada incentivación a los trabajadores y a las empresas para integrar a nuevos trabajadores socios. La vigente Ley no dispone de mecanismos eficaces para responder a esta nueva realidad”.

tificará⁴. En la actualidad, se está debatiendo en el seno del Ministerio de Empleo una nueva *Propuesta de Ley de Sociedades Laborales* presentada por CONFESAL el 19 de febrero de 2013 (en adelante PLSL) que, si bien en esencia, se basa en la anterior, presenta algunas novedades en sede societaria de extraordinario calado⁵. Tal y como los responsables del Ministerio han manifestado públicamente, la intención es que estas negociaciones fructifiquen en un Proyecto de Ley. Estas circunstancias temporales excepcionales nos obligan a prestar atención a este proceso de reforma para contribuir a que fructifique en una futura normativa que se adecue a las necesidades reales del sector, solventando sus problemas jurídicos actuales y adaptándose al nuevo panorama societario, tan convulso en el último lustro. No obstante, conviene advertir que el texto definitivo puede sufrir modificaciones derivadas de las negociaciones; circunstancia que no hace sino acrecentar el interés científico de ir analizando las vicisitudes y consiguientes variaciones que vayan surgiendo en este proceso.

Con tal objeto, en el trabajo nos vamos a centrar en uno de los aspectos societarios que mayores modificaciones presenta en la reforma planteada. En concreto, la nueva reclasificación automática del capital social cuando las acciones o participaciones cambien de titular. A estos efectos, se debe previamente abordar el también novedoso régimen jurídico propuesto para transmitir las acciones o participaciones sociales en que se divide el capital social.

4. Sobre la PLSL-2009 vid. nuestro trabajo “Luces y sombras de la reforma de la Ley de sociedades laborales”, *Revista jurídica de Economía social y Cooperativa, Ciriec*, nº 21, 2010, pp. 119-144. Este artículo se basa en el texto publicado por CONFESAL con fecha 3 de marzo de 2009, pudiéndose consultar el texto integrado de la ley vigente con las reformas propuestas que después se plasmaron en dicha PLSL-2009 en *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa, Ciriec*, nº 19, 2008, pp. 127-139. Sobre las modificaciones propuestas de sus aspectos societarios vid. CANO LÓPEZ, A., “Algunas reflexiones tópicas al hilo de una singular y necesaria propuesta de reforma”, *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa, Ciriec*, nº 19, 2008, pp. 159-171; FAJARDO GARCÍA, G., “Aspectos societarios de la reforma de la Ley de sociedades laborales”, *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa, Ciriec*, nº 19, 2008, pp. 141-158; OLAVARRÍA IGLESIA, J., “Algunos aspectos societarios de la propuesta de reforma de la Ley de sociedades laborales presentada por CONFESAL”, *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa, Ciriec*, nº 19, 2008, pp. 173-177; SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., “Propuesta de reforma de la Ley de 1997 de sociedades laborales”, *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa, Ciriec*, nº 19, 2008, pp. 179-187.

5. Vid. nuestro trabajo “Consideraciones sobre la propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Laborales”, en AAVV, *Economía social y Derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas de Economía social* (coord. Gómez Manresa, M.F./ Pardo López, M.M.), ed. Comares, Granada, 2013, pp. 19-47.

II. Régimen de transmisión de acciones y participaciones

1. Consideraciones previas

Las sociedades laborales son sociedades mercantiles que, frente a las sociedades capitalistas, presentan como rasgo diferencial fundamental que su finalidad es promover que sus trabajadores indefinidos accedan a la condición de socio y que sean estos los que detenten el poder y el control de la sociedad. Precisamente, estas notas esenciales son las que enmarcan a este tipo social en el seno de la economía social.

De este modo, aunque son sociedades anónimas (en adelante SA) o sociedades de responsabilidad limitada (en adelante SRL) se sujetan a una normativa específica que distancia su funcionamiento del de las sociedades capitalistas, si bien hay que recordar que su consideración como tales genera también ciertas disfunciones. En realidad, estas disfunciones reflejan la ya clásica discusión doctrinal sobre la conveniencia de crear un tipo social *ad hoc* para esta realidad empresarial y social alejado de su estructura inicial como SA o SRL. No es este el momento de abordar tan compleja problemática cuando, además, como resulta evidente la reforma ya ha optado por continuar con el modelo actual aunque con la consiguiente revisión y mejora.

En esta línea, una de las diferencias más notables entre las sociedades laborales y las SA o las SRL es el especial régimen jurídico establecido para transmitir sus acciones o participaciones sociales. Esta especialidad se justifica tanto por lograr la finalidad perseguida por estas sociedades -promover que sus trabajadores adquieran la condición de socio-, como por evitar incumplimientos de los requisitos exigidos para adquirir la condición de “laboral”; incumplimientos que podrían conducir a su descalificación como tal.

En esta sede, conviene que recordemos muy brevemente tales requisitos. La vigente LSL establece tres requisitos que, de forma cumulativa, deben cumplir una SA o una SRL para que puedan ser calificadas como sociedad laboral si así lo solicitaran: que la mayoría del capital social sea propiedad de sus trabajadores indefinidos; que ninguno de los socios, salvo algunas excepciones, posea más de la tercera parte del capital social y que se mantenga un porcentaje determinado entre el número de horas-año trabajadas por los trabajadores indefinidos que no sean socios y los socios trabajadores⁶. Aunque la PLSL modifica, con mayor o

6. Cfr. arts. 1.1, 1.2 y 5.3 LSL.

menor intensidad, los tres citados requisitos, nos vamos a limitar a referirnos, por su relación con el objeto de este trabajo, al primero de ellos.

Así, frente a la vigente exigencia de que en las sociedades laborales “*la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido*”, la PLSL propone que la piedra angular sea que estos trabajadores posean la mayoría, no del capital social, sino de los derechos de voto porque, como es manifiesto, esta proporción no siempre concuerda, en particular en las SRL⁷. Este requisito, tanto en el tenor vigente como en el proyectado, conecta, como es sabido, con la existencia en las sociedades laborales de dos clases de acciones o participaciones sociales: “clase laboral” y “clase general”⁸. Tanto la LSL como la PLSL definen tales acciones o participaciones sociales de idéntico modo. Las de la “clase laboral” como aquellas que sean propiedad de los trabajadores cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido y las de la “clase general” las restantes⁹.

Tras estas consideraciones previas, necesarias para centrar la cuestión, vamos a analizar el régimen jurídico de la transmisión de acciones y participaciones sociales distinguiendo según se trate de un tipo u otro de cuotas sociales porque, como veremos, presentan manifiestas diferencias.

7. Esta sustitución supondría un notable acierto porque solventaría algunos de los principales problemas interpretativos que ha planteado la vigente LSL. Sobre ello vid. nuestro trabajo “Consideraciones...”, *cit.*, pp. 21 y ss. En relación con la PLSL-2009 vid. nuestros comentarios en “Luces y sombras”, *cit.*, pp. 122-124 y CANO LÓPEZ, A., “Reflexiones acerca...”, *est. cit.*, pp. 164 y ss.; OLAVARRÍA IGLESIA, J., “Algunos aspectos societarios...”, *cit.*, pp. 174-175.

8. Se plantea si el reconocimiento legal, tanto por la LSL como por la PLSL, de estas dos clases de acciones o participaciones sociales, de “clase general” y de “clase laboral” supone la existencia de dos clases en sentido técnico jurídico. Un sector doctrinal considera que no pueden considerarse, en sentido estricto, clases porque su existencia no viene condicionada por la atribución de derechos especiales, tan sólo es una consecuencia establecida por la LSL de que su titular sea o no trabajador por tiempo indefinido. En este sentido, vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., “Especialidades en el régimen de la posición jurídica del socio”, *cit.*, pp. 76-80; GÓMEZ CALERO, J., *Las sociedades laborales*, *ob. cit.*, p. 93. Para otro destacado sector doctrinal, sí es posible hablar con propiedad de clases porque ambas se encuentran sometidas a un distinto régimen de transmisión. Con esta opinión vid., entre otros, NEILA NEILA, J.M., *Sociedades Laborales*, *ob. cit.*, pp. 146 y ss; PAGADOR LÓPEZ, J., *Las sociedades laborales*, *ob. cit.*, pp. 190-202; SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./ GOÑI SEIN, J.L./ HUCHA CELADOR, F./ PERDICES HUETO, A., “Comentario al régimen”, *ob. cit.*, pp. 136-137; SELVA SÁNCHEZ, L., “Consideraciones críticas acerca de la Proposición de Ley de Sociedades Laborales”, *Revista Jurídica La Ley*, nº 4113, p. 1334; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M./BARBERENA BELZUNCE, I., *Las sociedades*, *ob. cit.*, pp. 78-79.

9. Cfr. arts. 6.1 LSL y 5.2 PLSL.

2. Transmisión voluntaria inter vivos de acciones y participaciones de “clase laboral”

La vigente LSL regula en su art. 7, de forma amplia y pormenorizada, la transmisión de acciones y participaciones de “clase laboral” estableciendo un régimen legal e imperativo que sustituye para las sociedades laborales al previsto en sede de SA o de SRL¹⁰.

Este régimen se basa en un supuesto de libre transmisión y en el reconocimiento de un derecho de adquisición preferente a favor de distintos sujetos con un orden de prelación legalmente establecido. Así, aunque no se señale expresamente es libre la transmisión de acciones o de participaciones sociales de la “clase laboral” cuando el adquirente sea trabajador indefinido de la sociedad. El tenor de la norma ha generado problemas interpretativos sobre si el trabajador indefinido, además, debe ser socio o no¹¹.

En cualquier caso, cuando el adquirente no sea trabajador por tiempo indefinido de la sociedad, la LSL impone al socio transmitente el deber de comunicarlo “*por escrito al órgano de administración de la sociedad de modo que asegure su recepción, haciendo constar el número y características de las acciones o participaciones que pretende transmitir, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión*”. Tras esta comunicación, que tiene el carácter de oferta irrevocable, el órgano de administración deberá ir notificando a una serie de personas que pueden ejercer el derecho de adquisición preferente que les reconoce la LSL y que, en realidad, se traduce en restricciones legales a la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales con la consiguiente reducción de su valor. Por tanto, estas restricciones solo deberían reconocerse legamente en cuanto favorezcan la laboralidad de la sociedad¹².

10. Sobre ello vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., “Especialidades”, *est. cit.*, p. 89; GÓMEZ PORRUA, J.M., “La nueva regulación de las sociedades laborales”, *DN*, n° 80, 1997, pp. 1-30, p. 14; PAGADOR LÓPEZ, J., *Las sociedades laborales, ob. cit.*, p. 223 y 226; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M./BARBARINA BELZUNCE, I., *Las sociedades, ob. cit.*, pp. 102-103. Debe tenerse en cuenta que, a pesar del tenor de la DF 1ª LSL, la aplicabilidad a las sociedades laborales de las normas de la SA o de la SRL con relación a supuestos contemplados por la LSL no puede realizarse sin analizar su compatibilidad con las “*líneas informadoras del sistema de restricciones de la LSL*” sobre todo en sede de SRL. Al respecto vid. PAGADOR LÓPEZ, J., *Las sociedades laborales, ob. cit.*, p. 223.

11. Sobre ello vid. con opiniones divergentes ALONSO ESPINOSA, F.J., “Especialidades”, *cit.*, pp. 90-91; PAGADOR LÓPEZ, J., *Las sociedades laborales, ob. cit.*, p. 22.

12. FAJARDO GARCÍA, G., “Aspectos societarios...”, *cit.*, p. 148; SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., “Propuesta de reforma...”, *cit.*, p. 183.

En concreto, los administradores deberán seguir el orden de prelación legalmente establecido para 5 grupos de personas. En primer lugar, deberán notificárselo, dentro del plazo de quince días a contar desde la fecha de recepción de la comunicación, a los trabajadores no socios con contrato indefinido que podrán adquirirlas dentro del mes siguiente a la notificación. En segundo lugar, si éstos no ejercitan su derecho de adquisición preferente, se notificará a los trabajadores socios que dispondrán para su adquisición del mismo plazo que los anteriores. En tercer y cuarto lugar, si los anteriores tampoco ejercitaran dicho derecho, la notificación se realizará a los titulares de acciones o participaciones de la “clase general” y, en su caso, al resto de los trabajadores no indefinidos, los cuales podrán optar a la compra, por ese orden, dentro de sucesivos períodos de quince días siguientes a la recepción de las notificaciones. En el supuesto de que fueran varios los socios y/o trabajadores que ejercitaran su derecho de adquisición preferente y no hubieran suficientes acciones o participaciones, estas se deberán distribuir entre todos ellos por igual¹³. Por último, cuando ningún socio o trabajador hubiera ejercitado su derecho de adquisición preferente, las acciones o participaciones podrán adquirirse por la propia sociedad durante el mes siguiente a la finalización del último de los plazos citados.

En todo caso, el socio será libre para transmitir sus acciones o participaciones cuando hubieran transcurrido 6 meses desde que comunicó a los administradores este propósito y nadie hubiera ejercitado sus derechos de adquisición preferente. Este dispone de un plazo de 4 meses para transmitir las ya que, transcurrido este periodo, deberá iniciarse, de nuevo, todo el proceso descrito¹⁴.

El esbozado régimen jurídico para transmitir las acciones y participaciones de “clase laboral” se caracteriza por su carácter imperativo y por su complejidad, habiendo planteado múltiples problemas interpretativos estudiados por la mejor doctrina¹⁵ que, como veremos, se resuelven, en algunos casos, con la PLSL.

13. Cfr. art. 7. 5 LSL.

14. Cfr. art. 7.7 LSL.

15. Para el estudio en profundidad de la transmisión *inter vivos* voluntaria y los problemas interpretativos que ha generado vid., entre otros, ALONSO ESPINOSA, F.J., “Especialidades”, *cit.*, pp. 89-94; GÓMEZ CALERO, J., *Las sociedades*, *ob. cit.*, pp. 102-115; PAGADOR LÓPEZ, J., *Las sociedades laborales*, *ob. cit.*, pp. 222-247; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M./BARBARENA BELZUNCE, I., *Las sociedades*, *ob. cit.*, pp. 101-121.

Así, el art. 6.1 PLSL expresamente dispone que el titular de acciones o participaciones sociales de la “clase laboral” es libre para transmitir las a trabajadores indefinidos, sean socios o no. Se aclaran, de este modo, las dudas surgidas por el texto vigente entorno a si el adquirente debía o no ser socio, además de trabajador indefinido para que la transmisión fuera libre. Tan sólo tendrá que “*comunicar a la sociedad, por escrito y de modo que se asegure su recepción, el número y características de las acciones o participaciones que se propone transmitir y la identidad del adquirente*”¹⁶. En los demás supuestos, el transmitente deberá comunicar a la sociedad, además de estas menciones, el precio y las condiciones de la transmisión con carácter de oferta irrevocable.

Tras la comunicación, el órgano de administración deberá realizar una serie de notificaciones a unos grupos de personas a los que la PLSL concede un derecho de adquisición preferente por orden estricto de prelación. Así, en primer lugar, lo notificará en el plazo de 15 días desde la recepción de la comunicación, a los trabajadores indefinidos no socios que podrán adquirirlas en el mes siguiente a la notificación. En segundo lugar, si éstos no las adquirieran en su totalidad, se ofrecerán las restantes a los trabajadores indefinidos socios que dispondrán también de un plazo de 15 días y, en su defecto, a la sociedad, que podrán adquirirlas en el mismo plazo. Cuando sean varias las personas que hayan ejercitado su derecho de adquisición preferente se distribuirán entre todos ellos “*en proporción inversa a su respectiva participación en el capital social*”¹⁷.

Si ninguna de estas personas ejercitara su derecho de adquisición preferente, el socio podrá transmitir libremente las acciones o participaciones de su titularidad, salvo que los estatutos hayan reconocido algún otro derecho preferente de adquisición. En todo caso, pasados tres meses desde que el socio haya comunicado su intención de transmitir, sin que la sociedad le haya ofrecido la adquisición de todas sus acciones o participaciones, quedará libre para transmitir las en las condiciones que hubiera comunicado a la sociedad.

Por último, la Propuesta exige que la sociedad consienta expresamente cualquier transmisión que pueda suponer una transgresión de los límites exigidos para su condición como sociedad laboral. Este consentimiento se deberá expresar

16. A diferencia de la LSL no se exige en esta comunicación que el socio transmitente indique el precio o el resto de condiciones de la transmisión.

17. Cfr. art. 6.2 PLSL.

mediante acuerdo de la junta general (debiéndose incluir en su orden del día) o, si así se hubiera previsto en los estatutos, mediante acuerdo del órgano de administración. El consentimiento de la sociedad sólo podrá denegarse cuando se proponga quién o quiénes adquirirán la totalidad de las acciones o participaciones ofrecidas o, si fuera suficiente, las que sobrepasaran los límites¹⁸.

En conclusión, varias son las novedades que propone la PLSL¹⁹. En primer término, se reducen los grupos de personas a los que se otorga derecho de adquisición preferente circunscribiéndose a los trabajadores indefinidos no socios, a los trabajadores indefinidos socios y a la propia sociedad. Frente al sistema de la LSL, no se otorga legalmente este derecho ni a los titulares de acciones o participaciones de la “clase general”, ni a los trabajadores no indefinidos.

No obstante, debe destacarse que, a diferencia del carácter imperativo de la vigente LSL, la PLSL permite un mayor margen a la autonomía de la voluntad social. De este modo, vía estatutaria se podrán reconocer a otras personas derechos de adquisición preferente aunque siempre respetando el orden de prelación legalmente establecido²⁰. Por ejemplo, podríamos pensar en la posible inclusión de los grupos que actualmente lo tienen reconocido (titulares de acciones o participaciones de la “clase general” o trabajadores no indefinidos). Esta modificación pretende, como expresamente especificaba la Exposición de Motivos de la PLSL-2009, “favorecer el carácter “laboral” de la sociedad dando mayor relevancia al papel de la sociedad en la transmisión de acciones y participaciones sociales”.

En tercer lugar, se propone un nuevo sistema obligatorio de distribución cuando sean varias las personas que ejercitaran su derecho de adquisición preferente sobre las acciones o participaciones y estas no fueran suficientes. En concreto, frente al reparto por igual que establece la vigente LSL, se propone que estas se distribuyan en proporción inversa a la participación que cada uno de los concurrentes tuviera en el capital social. Este cambio obedece al propósito legislativo de repartir el poder en la empresa de forma más igualitaria y resulta más acorde con

18. Cfr. art. 4.6 PLSL.

19. Sobre las novedades del PLSL-2009, vid. ANDREU MARTÍ, M.M., “Luces y sombras”, *cit.*, pp. 133-136.

20. Cfr. art. 6.2 p. 5 i.f. PLSL.

los postulados de la economía social que el reparto a todos ellos por igual con independencia de la participación que ya tuvieran en la sociedad²¹.

En cuarto, la PLSL establece unas normas específicas cuando sea la propia sociedad la que ejercite el derecho de suscripción preferente adquiriendo sus propias acciones o participaciones, frente a la remisión que la vigente LSL realiza al régimen general de las sociedades anónimas²². En concreto, el art. 10 PLSL establece que dicha adquisición deberá efectuarse con cargo a beneficios, a la reserva especial o a otras reservas disponibles, debiendo enajenarse en el plazo máximo de tres años desde su adquisición según el procedimiento previsto para la transmisión voluntaria de acciones y participaciones sociales. Transcurrido este plazo deberán ser amortizadas, mediante la correspondiente reducción de capital, las acciones o participaciones no adquiridas excepto que el conjunto de las mismas no excedan del 20% del capital social. Añade que las sociedades laborales podrán anticipar fondos, otorgar préstamos o créditos, prestar garantías o asistir financieramente a sus trabajadores indefinidos para que éstos puedan adquirir las acciones o participaciones propias. Con esta medida se pretende impulsar y facilitar que los trabajadores indefinidos se conviertan en socios, de acuerdo con la esencia de la sociedad laboral. Por último, remite, en todo lo demás, al régimen general aplicable a las acciones y participaciones propias del art. 148 de la LSC especificando que las acciones o participaciones propias no computarán a efectos del cumplimiento del requisito de que la mayoría de los derechos de voto pertenezcan a trabajadores indefinidos²³.

En quinto lugar, se exige que la sociedad preste expresamente su consentimiento para realizar cualquier transmisión de acciones o participaciones con las que se pueda superar los límites de los requisitos exigidos para su condición de

21. Cfr. art. 6.2 p. 3 PLSL. Al respecto, el art. 7.3 PLSL-2009 mantenía el mismo criterio de reparto a partes iguales que la vigente LSL pero permitiendo que se modificara vía estatutaria. Vid. ANDREU MARTÍ, M.M., “Luces y sombras”, *cit.*, p. 35.

22. El art. 7.6 LSL se remite expresamente a la aplicación de los límites y requisitos señalados por los arts. 75 y ss. LSA que, tras la refundición de las normas sobre sociedades de capital, debemos entenderlo referido a los arts. 144 y ss. del RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC).

23. Por su parte, el art. 7.4 de la PLSL-2009 de forma mucho más escueta se limitaba a señalar que “*La sociedad podrá adquirir sus propias acciones o participaciones, si así lo autoriza la Junta General, con el fin de ser enajenadas en el plazo máximo de tres años a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato por tiempo indefinido*”.

sociedad laboral. La exigencia de este consentimiento entronca con la intención de que la sociedad sea consciente de que puede peligrar su condición como sociedad laboral²⁴.

Por último, se reducen²⁵ los plazos para que algunos de los grupos puedan ejercer su derecho de adquisición preferente (de 1 mes a 15 días) y el del socio para transmitir, en su caso, libremente sus acciones o participaciones de 6 a 3 meses²⁶.

3. Transmisión voluntaria *inter vivos* de acciones y participaciones de “clase general”

El régimen jurídico vigente para que el socio transmita acciones y participaciones sociales de “clase general”²⁷ es similar al establecido para las de “clase laboral”²⁸ aunque con algunas diferencias relativas a los supuestos de libre transmisión y al orden de prelación de los derechos de adquisición preferente legalmente reconocidos.

Así, por una parte, la transmisión será libre cuando el adquirente tenga la condición de socio trabajador cualquiera que sea la naturaleza de su relación contractual. Por otra, el orden de prelación se altera comenzando por los socios trabajadores y, sucesiva y subsidiariamente, le siguen los trabajadores indefinidos

24. Cfr. art. 6.4 PLSL. Por su parte, la PLSL-2009 no exigía este consentimiento expreso sino que se limitaba a reservar a la sociedad la posibilidad de “oponerse a cualquier transmisión de las acciones o participaciones si con la misma se superan los límites previstos en el art. 1 de esta Ley” (art. 7.7).

25. Cfr. arts. 7.7 LSL y 7.6 PLSL.

26. La PLSL-2009 establecía un plazo de 2 meses (cfr. art. 7.7).

27. En esta materia, la LSL estableció un cambio radical respecto del régimen de transmisión de las acciones no reservadas en la derogada LSAL que se regía por las disposiciones de la LSA, es decir, por el principio general de la libre transmisibilidad. La proposición de Ley de la LSL seguía este mismo sistema y fue uno de las cuestiones más debatidas en el trámite parlamentario hasta someterlo a idénticas restricciones que la transmisión de cuotas laborales. Sobre ello vid. PAGADOR LÓPEZ, J., *Las sociedades laborales*, ob. cit., p. 224.

28. El diferente supuesto en el que la transmisión es libre, ha suscitado distintas interpretaciones sobre cuál debe ser el orden de prelación ya que el art. 7.8 se remite al régimen de transmisión de las cuotas laborales fijando únicamente que la notificación comenzará por los socios trabajadores.

no socios; los titulares de acciones o participaciones de la “clase general”; el resto de trabajadores no indefinidos y, por último, la propia sociedad.

En esta materia, la PLSL propone un giro radical en la regulación de la transmisión de las acciones o participaciones de “clase general”. Así, el art. 6.1 PLSL señala que “*El titular de acciones o participaciones sociales de la clase general, salvo previsión estatutaria en contra, podrá transmitirlos a socios o terceros...*”²⁹. Por tanto, la transmisión de esta clase de acciones o participaciones sociales es libre tanto si el adquirente es socio, de cualquier clase, como si es un tercero ya trabaje, sin ser socio, en la sociedad, ya sea ajeno a la misma.

Se permite, sin embargo, que se incluyan en los Estatutos cláusulas que restrinjan la entrada de estos socios, bien a través del establecimiento de derechos de adquisición preferente para alguno/s grupo/s, bien con otro tipo de cláusulas restrictivas siempre que no contradigan los principios configuradores de la sociedad laboral. Como señalaba la Exposición de Motivos de la PLSL-2009 se pretende dejar “*a la voluntad social, expresada en los estatutos, ... el carácter más abierto o no de la sociedad frente a la participación de socios no trabajadores, con referencia a la libre transmisión o no de las acciones o participaciones en poder de éstos*”.

En nuestra opinión, el régimen de transmisión libre de las acciones o participaciones de la “clase general” propuesto por la PLSL pretende impulsar la inversión en las sociedades laborales con la entrada de socios capitalistas que podrán recuperar su inversión con mayor facilidad. Aunque la finalidad pretendida resulta loable, en especial en momentos de crisis como medida que ayude al sostenimiento de determinados sectores de la economía social, no debe soslayarse el régimen general de transmisión de las cuotas sociales en las sociedades capitalistas. Así, aunque las leyes reguladoras de las sociedades laborales puedan establecer, como de hecho establecen, normas específicas configuradas legalmente para la transmisión de sus acciones o de sus participaciones sociales que establecen un régimen distinto al de la SA o SRL según el caso, surgen dudas sobre cuál debe ser su relación con los principios configuradores de estas sociedades capitalistas.

29. En idéntico sentido vid. art. 7.1 LSL-2009. Vid. nuestros comentarios en “Luces y sombras”, *cit.*, p. 136-138.

No plantea problema el sistema abierto propuesto por la PLSL para transmitir las acciones de la “clase general” aunque hubiera bastado con una remisión al régimen general de la SA tal y como establecía la derogada LSAL³⁰. Las dudas pueden surgir por la transmisión libre de las participaciones sociales de “clase general” que podría vulnerar uno de los principios configuradores de las SRL que las caracteriza como sociedades cerradas con base en su vertiente personalista. En nuestra opinión, esta propuesta de la PLSL de un régimen de transmisión libre de las participaciones de “clase general” no se justifica por el carácter laboral de la sociedad ya que precisamente afecta a sus cuotas no laborales³¹.

En realidad, esta posible controversia refleja, una vez más, los problemas que, desde siempre, ha generado la configuración de las sociedades laborales como tipo especial de SA o de SRL en lugar de haber optado por crear una forma social específica que respondiera adecuadamente a la razón de ser de estas sociedades con una regulación general de la figura³². Una vez más parece que se va a desaprovechar la oportunidad de una regulación específica y diferenciada para las sociedades laborales.

4. Transmisión forzosa de acciones y participaciones sociales

La vigente Ley solo regula la transmisión forzosa de acciones y participaciones sociales cuando se deba a la extinción del vínculo laboral que unía a su titular con la sociedad. La PLSL también contempla este supuesto aunque la principal

30. Cfr. art. 7.1 LSAL.

31. La vigente LSL ya establece excepciones a las reglas estructurales de las SA y de las SRL que no se justifican por el carácter “laboral” de las sociedades laborales. Así, se puede citar en sede de SA la posibilidad de cláusulas estatutarias que prohíben la transmisión de acciones contrariando el principio fundamental de la SA de que las acciones son siempre transmisibles; o la supresión de derecho de suscripción preferente con fijación de la prima totalmente libre que soslaya el principio general de las sociedades de capital de mantenimiento de la igualdad de trato. En materia de SRL se cita, por ejemplo, la autocartera debida al ejercicio del derecho de preferencia se rige por las reglas de la SA, basados en principios contrarios a los de autocartera en las SRL. En este sentido, vid. las interesantes reflexiones de VALPUESTA GASTAMINZA, E.M./BARBARENA BELZUNCE, I., *Las sociedades*, ob. cit., pp. 264-265.

32. Sobre las críticas vertidas por la doctrina vid. entre otros CANO LÓPEZ, A., “Reflexiones acerca de un nuevo instrumento societario: la Ley 4/1997, de 24 de marzo de sociedades laborales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 8, 1997, pp. 194-213, pp. 195 y ss.; EMBID IRUJO, J.M., Prólogo a AAVV, *Régimen jurídico de las Sociedades Laborales*, cit., p. 12; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M./BARBARENA BELZUNCE, I., *Las sociedades*, ob. cit., pp. 259-269.

novedad en esta sede es la regulación de la transmisión derivada de embargo o de ejecución de prenda sobre las cuotas sociales.

A) Derivada de la extinción de la relación laboral

El art. 10 de la LSL³³ se limita a regular la transmisión forzosa de acciones o participaciones sociales cuando se extinguiera la relación laboral del socio trabajador. Así, establece que “*En caso de extinción de la relación laboral del socio trabajador, éste habrá de ofrecer la adquisición de sus acciones o participaciones conforme a lo dispuesto en el artículo 7 y si nadie ejercita su derecho de adquisición, conservará aquél la cualidad de socio de clase general...*”. En síntesis, se obliga al socio trabajador a ofrecer sus acciones o participaciones para que las pueda adquirir una serie de personas, siguiendo el régimen y el orden de prelación legalmente establecido para la transmisión voluntaria de las cuotas sociales. Sólo cuando nadie ejercitara tal derecho conservará la cualidad de socio de la “clase general”. También prevé el art. 10.2 LSL que, vía estatutaria, se establezcan normas especiales para los casos de jubilación, incapacidad permanente o excedencia.

Al respecto, la PLSL prácticamente reproduce lo dispuesto por la vigente LSL aunque con dos salvedades. La primera, que, frente al silencio vigente, establece un plazo máximo de 1 mes “*desde la firmeza de la extinción de la relación laboral*” para que el socio trabajador ofrezca sus acciones o participaciones³⁴. Plazo que consideramos adecuado a efectos de agilizar la posible salida del socio³⁵. La segunda, que también se podrán pactar estatutariamente normas especiales para los socios trabajadores que, por subrogación legal o convencional, dejen de trabajar para la sociedad laboral, aspecto que tampoco contemplaba la vigente Ley³⁶.

33. Para el estudio en profundidad de este supuesto de transmisión forzosa y los problemas interpretativos que ha generado vid., entre otros, ALONSO ESPINOSA, F.J., “Especialidades”, *cit.*, pp. 97-98; GÓMEZ CALERO, J., *Las sociedades, ob. cit.*, pp. 121-131; PAGADOR LÓPEZ, J., *Las sociedades laborales, ob. cit.*, pp. 251-255; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M./BARBARENA BELZUNCE, I., *Las sociedades, ob. cit.*, pp. 140-147.

34. Cfr. art. 8.1 PLSL.

35. El art. 10.1 PLSL-2009 establecía un plazo de tres meses, plazo que ya considerábamos que era conveniente reducir para agilizar la salida del socio. Vid. ANDREU MARTÍ, M.M., “Luces y sombras”, *cit.*, p. 138.

36. Cfr. art. 8.2 i.f. PLSL.

Sin embargo, la LSL permite que sea requerido notarialmente el socio trabajador que no formalizara la venta de sus acciones o participaciones aunque existan personas que hayan ejercitado su derecho de adquisición preferente. En este supuesto, debe proceder a la venta en el plazo de un mes desde el requerimiento y si también incumpliera serán los administradores los que las vendan por su valor razonable, que se consignará a disposición del socio bien judicialmente, bien en la Caja General de Depósitos o en el Banco de España³⁷. Esta posibilidad ha sido expresamente omitida, no entendemos los motivos, por la nueva PLSL³⁸ siendo conveniente que se clarifique esta circunstancia en el texto legal definitivo.

B) Derivada de embargo o de ejecución de prenda

En sede de transmisión forzosa de acciones y participaciones sociales, la principal novedad propuesta por la PLSL es regular expresamente la transmisión derivada del embargo³⁹ o de la ejecución de prenda constituida sobre las mismas, remitiéndose al régimen de la SRL con algunas peculiaridades. En concreto, su art. 8.3 establece que, en estos casos, se estará a lo previsto en el artículo 109 de la LSC⁴⁰ con la particularidad de que las notificaciones se deberán también remitir a los trabajadores indefinidos que no sean socios y que el derecho de subrogación previsto se ejercitara según el orden legalmente previsto para ejercitar el derecho de adquisición preferente⁴¹.

37. Cfr. art. 10.1. p.2 LSL.

38. Por el contrario, el art. 10.1 p.2 PLSL-2009 sí contemplaba expresamente esta posibilidad, reproduciendo prácticamente el tenor literal del vigente art. 10.1 p. 2 LSL.

39. La ausencia de regulación en este caso en la LSL obligaba a la aplicación de los regímenes de la SA o SRL, según procediera, planteándose múltiples problemas interpretativos. Sobre ello vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E.M./BARBARENA BELZUNCE, I., *Las sociedades*, ob. cit., pp. 151-155.

40. Sobre este régimen vid. PERDICES HUETOS, A., "Comentario al artículo 109", en AAVV, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital (Coord. ROJO/BELTRÁN)*, t. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 900-905.

41. Idéntico régimen establecía la PLSL-2009 en su art. 10.3. Vid. ANDREU MARTÍ, M.M., "Luces y sombras", cit., p. 139.

5. Transmisión *mortis causa* de acciones y participaciones sociales

El régimen de transmisión *mortis causa* de las acciones y participaciones sociales es bastante similar en la vigente LSL⁴² y en la PLSL⁴³. Así, la regla general es que el heredero o legatario del fallecido adquirirá la condición de socio, aunque se admite que, vía estatutaria, se reconozcan derechos de adquisición preferente sobre las acciones o participaciones de “clase laboral” siguiendo el régimen y orden de prelación regulado por la Ley para transmitir voluntariamente las cuotas sociales. Este derecho estatutario de adquisición preferente no podrá ejercitarse cuando el heredero o legatario fuera trabajador de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido⁴⁴.

La PLSL sólo introduce dos novedades en la materia. La primera, condicionar la transmisión al consentimiento de la sociedad, en la forma y condiciones ya analizadas, si con la misma pudieran superarse los límites de los requisitos exigidos para su condición de sociedad laboral⁴⁵. La segunda, reducir el plazo máximo para ejercitar el derecho de adquisición preferente previsto en los estatutos de 4 a 3 meses⁴⁶.

6. El valor de las acciones y participaciones en la transmisión

El art. 8 LSL⁴⁷ establece, por una parte, que el precio, la forma de pago y demás condiciones de la operación serán las convenidas y comunicadas al órgano

42. Para el estudio en profundidad del supuesto de transmisión *mortis causa* y los problemas interpretativos que ha generado vid., entre otros, ALONSO ESPINOSA, F.J., “Especialidades”, *cit.*, pp. 98-99; GÓMEZ CALERO, J., *Las sociedades, ob. cit.*, pp. 128-131; PAGADOR LÓPEZ, J., *Las sociedades laborales, ob. cit.*, pp. 247-251; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M./BARBARENA BELZUNCE, I., *Las sociedades, ob. cit.*, pp. 135-140.

43. Cfr. arts. 11 LSL y 9 PLSL.

44. Cfr. arts. 11.3 LSL y 9.3 PLSL.

45. Cfr. art. 9.4 PLSL.

46. Cfr. art. 9.2 *if.* PLSL.

47. Sobre ello vid., entre otros, GÓMEZ CALERO, J., *Las sociedades, ob. cit.*, pp. 115-117; PAGADOR LÓPEZ, J., *Las sociedades laborales, ob. cit.*, pp. 241-244; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M./BARBARENA BELZUNCE, I., *Las sociedades, ob. cit.*, pp. 125-128.

de administración por el socio transmitente⁴⁸. Por otra, que cuando las transmisiones proyectadas lo sean a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de adquisición será el pactado por las partes o, en su defecto, el que corresponda a su valor razonable en la fecha en que se hubiera comunicado a los administradores el propósito de transmitir. El valor razonable será el que determine un auditor de cuentas distinto al de la sociedad que será designado por los administradores.

En esta sede, la PLSL mantiene el mismo régimen aunque prevé, frente al carácter imperativo de la vigente Ley, que pueda ser modificado por los estatutos⁴⁹. En concreto, expresamente señala que en los estatutos sociales se podrán incluir otros criterios y sistemas para la determinación previa del valor de las acciones o participaciones sociales en los casos de transmisión *inter vivos*, *mortis causa* o forzosa derivada de la extinción del vínculo laboral del socio con la sociedad⁵⁰. Se excluye, por motivos evidentes, la transmisión forzosa consecuencia del embargo o de la ejecución de las prendas constituidas sobre las acciones o participaciones sociales.

III. La reclasificación del capital social

1. Conversión de acciones y participaciones de “clase general” en “laboral”

El art. 6.3 LSL establece que *“Los trabajadores, socios o no, con contrato por tiempo indefinido que adquieran por cualquier título acciones o participaciones sociales pertenecientes a la “clase general” tienen derecho a exigir de la sociedad la inclusión de las mismas en la “clase laboral”, siempre que se acrediten a tal efecto las condiciones que la Ley exige. Los administradores, sin necesidad de acuerdo de la*

48. La LSL opta por este sistema por ser el más defensivo para la propiedad del socio transmitente al que, en teoría, le debe resultar económicamente indiferente que el adquirente sea la persona con la que pacta que cualquier otra que ejercite su derecho de adquisición preferente. En este sentido, vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E.M./BARBARENA BELZUNCE, I., *Las sociedades*, ob. cit., p. 126, esp. nota 40 y bibliografía allí citada.

49. Esta posibilidad también se contemplaba en el art. 8 PLSL-2009.

50. Cfr. arts. 6.5 y 6.6 PLSL.

Junta General, procederán a formalizar tal cambio de clase y modificar el artículo o artículos de los estatutos a los que ello afecte, otorgando la pertinente escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil”.

Se configura, por tanto, la conversión de acciones y participaciones de “clase general” en “laboral” como un derecho individual de los trabajadores por tiempo indefinido que, por cualquier concepto, adquieran acciones o participaciones de dicha clase. Tan sólo deberán acreditar que se cumplen las condiciones legalmente establecidas. Además, el ejercicio de tal derecho no se somete a la consideración de la Junta General⁵¹ sino que se concibe como una competencia de los administradores a los que la LSL atribuye, además, poder para modificar los artículos afectados de los Estatutos y otorgar la pertinente escritura para su inscripción en el Registro mercantil.

Este derecho individual de los trabajadores indefinidos se configura como potestativo porque puede suceder que, en la práctica, prefieran que las acciones o participaciones que adquieran de “clase general” sigan siendo de este tipo ya que su transmisión, como se ha visto, está sujeta a un régimen menos restrictivo que las laborales.

El vigente art. 6.3 LSL ha sido objeto de intensas discusiones doctrinales⁵² fruto de los múltiples problemas que genera su interpretación conjunta con el art. 1.1 LSL que, como sabemos, exige, como piedra angular de la “laboralidad” de la sociedad, que el 51% del capital social sea propiedad de los trabajadores por tiempo indefinido. Para la doctrina mayoritaria⁵³ la mayoría del capital

51. Por el contrario, la derogada LSAL señalaba en su art. 6 p. 2 que “*Los trabajadores que adquieran por cualquier título acciones de la clase no reservada a ello, podrán solicitar de la sociedad el cambio de clase de estas acciones. Dicho cambio se efectuará mediante acuerdo favorable de la Junta general de accionistas. En todo caso, si recayera acuerdo favorable de la Junta general se sustituirán los títulos por otros de la clase solicitada*”. La atribución de la competencia para aprobar la conversión a la Junta general y el transcrito tenor literal de la LSAL parecía presuponer que se pudiera negar la modificación. Vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E.M./BARBERENA BELZUNCE, I., *Las sociedades, ob. cit.*, pp. 88-89, nota 30.

52. Vid. ANDREU MARTÍ, M.M., “Luces y sombras”, *cit.*, pp. 129-130.

53. Entre otros GÓMEZ CALERO, J., *Las sociedades, ob. cit.*, pp. 94-96; GÓMEZ PORRUA, J.M., “La nueva regulación”, *cit.*, pp. 10-11, 29; LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., “La calificación laboral de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Régimen de su adquisición y pérdida”, en AAVV, *Régimen jurídico de las Sociedades Laborales (Ley 4/1997) (dir. ALONSO ESPINOSA, F.J.)*, Valencia, 1997, pp. 17-45, p. 24; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M./BARBERENA BELZUNCE, I., *Las sociedades, ob. cit.*, pp. 88-90.

social propiedad de los trabajadores debe consistir en todo momento en acciones o participaciones de la “clase laboral” aunque, por autorización expresa del art. 6.3 LSL, estos trabajadores también podrán ser titulares de acciones o participaciones de la “clase general” pero únicamente en lo que exceda del 51 %. Cumpliéndose este porcentaje no es necesario obligar a un trabajador a que sus acciones o participaciones sean de un tipo o de otro⁵⁴. Sigue esta corriente doctrinal un criterio semejante al sostenido con el derogado régimen de la LSAL aunque considerándolo un derecho del trabajador y no tan sólo una posibilidad que precisaba para su ejercicio la aprobación por Junta general. Por el contrario, un sector doctrinal minoritario considera que el art. 6.3 debe interpretarse como una excepción al art. 6.1 LSL, es decir, como una autorización legal para que el trabajador por tiempo indefinido que adquiera acciones o participaciones sociales de la “clase general” las pueda seguir manteniendo en esa clase y que, como consecuencia, computen, junto con otras de la “clase laboral”, para alcanzar el requisito de la mayoría del capital social en manos de estos trabajadores⁵⁵.

En esta sede, la PLSL introduce una profunda y acertada reforma que viene a solventar los problemas prácticos y las disquisiciones doctrinales esbozadas. Así, el art. 5.5 PLSL dispone que “*Los administradores de la sociedad, al inscribir en el libro registro de socios o de acciones nominativas la transmisión de acciones o participaciones deberán adecuar su calificación a lo previsto en el apartado segundo*”⁵⁶.

Varias son las novedades que debemos destacar. La primera, que se determina claramente cuál es la finalidad de la conversión: “...*adecuar su calificación a lo*

54. Además, VALPUERTA GASTAMINZA, E.M./BARBERENA BELZUNCE, I. (Cfr. *Las sociedades, ob. cit.*, pp. 89-91) añaden que permitir que una parte importante del capital social esté representado por acciones o participaciones de la “clase general” pueden incentivar su adquisición por los trabajadores al facilitar su régimen de transmisión por ejemplo en el caso de sucesión *mortis causa*.

55. En este sentido PAGADOR LÓPEZ, J. (cfr. *Las sociedades laborales, ob. cit.*, pp. 38-44) considera que el art. 6.3 LSL es “*una norma extraña al sistema, discordante, disfuncional y fuente de no pocos problemas, en cuanto permite que los socios trabajadores por tiempo indefinido titulen cuotas sociales de clase general*”.

56. El art. 5.3 PLSL-2009 proponía, en parecido sentido, que “*La conversión de acciones y participaciones de clase general en laboral y viceversa, con el fin de adecuarse a lo establecido en el párrafo 1º se realizará por los administradores, sin necesidad de acuerdo de la Junta General. El cambio se realizará por acuerdo del órgano de administración...*”. Sin embargo, añadía que “*y se inscribirá en el Registro Mercantil mediante certificación de dicho acuerdo*”. Este último aspecto, suprimido en la nueva PLSL, generaba ciertos problemas interpretativos relativos a si se pretendía excepcionar el régimen general de acceso al Registro mercantil. Sobre ello vid. ANDREU MARTÍ, M.M., “*Luces y sombras...*”, *cit.*, pp. 130-132.

previsto en el apartado segundo...”, apartado donde se definen las dos clases de acciones y participaciones que pueden existir en una sociedad laboral. Esto es, las que sean propiedad de los trabajadores por tiempo indefinido deberán pertenecer a la clase “laboral” y las restantes a la “clase general”. La propuesta claramente opta por asegurar que el 51% de los derechos de voto en las sociedades laborales provenga de las acciones o participaciones sociales de la “clase laboral” solucionando la discusión doctrinal descrita. La conversión no se configura ya como un derecho voluntario e individual del socio, sino como un régimen automático⁵⁷ en el que la propia sociedad, a través de sus administradores, está obligada a reclasificar la composición de su capital social sin necesidad de requerimiento del socio⁵⁸. En definitiva, la posible división del capital social en una sociedad laboral debe responder a la existencia y razón de ser de las dos clases de acciones o participaciones que pueden existir en este tipo social.

La segunda novedad es que se configura, en nuestra opinión, un auténtico deber de los administradores que deben velar para que el capital social responda a la división entre las dos clases de acciones o participaciones, incluyendo éstas en la “clase laboral” cuando los trabajadores indefinidos adquieran, por cualquier concepto, acciones o participaciones de la “clase general”, sin necesidad de acuerdo de la Junta General⁵⁹. Se deduce, pues, que serán también los administradores los

57. En el mismo sentido, en relación con la PLSL-2009 vid. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., “Propuesta de reforma...”, *cit.*, p. 183.

58. De *lege ferenda* ya se había apuntado que “...el cambio de clase de las acciones generales adquiridas por los operarios, debería entenderse como una facultad cuyo ejercicio pudiera partir por propia iniciativa de la sociedad. ... para la sociedad éste no es un hecho irrelevante, pues ... es la propia sociedad la garante del cumplimiento de los requisitos para mantener la clasificación de laboral y ... aumentar el número de acciones o participaciones de la clase laboral puede entenderse como una medida que permita el cumplimiento de tales requisitos. ... hubiera sido preferible que el legislador hubiera mencionado expresamente la posibilidad de que la propia sociedad procediera en estos casos a la reclasificación ... sin necesidad de ser para ello requeridos por el socio adquirente”. Sobre ello vid. CIVERA GARCÍA, A., “Consideraciones en torno a la nueva Ley de Sociedades laborales”, *RGD*, nº 634-635, julio-agosto 1997, pp. 9181-9195, p. 9187. No obstante, con el tenor de la LSL no era posible que la sociedad pudiera por propia iniciativa obligar a la reclasificación. En este sentido vid. entre otros VALPUESTA GASTAMINZA, E.M./BARBERENA BELZUNCE, I., *Las sociedades*, *ob. cit.*, pp. 89-90, esp. nota 32.

59. Ya señalaba PAGADOR LÓPEZ, J. (cfr.. *Las sociedades laborales*, *ob. cit.*, p. 41), aunque advirtiendo que su literalidad no lo permite, que lo deseable era entender que “lo que este precepto establece (el art. 6.3 LSL) es el deber de los administradores de proceder a la inclusión en la clase laboral de las cuotas de capital de clase general que adquieran los trabajadores indefinidos de la sociedad, atribuyendo a éstos el

que deban comprobar que se cumplen todos los requisitos legales exigidos para la reclasificación de las cuotas de capital a diferencia del sistema vigente, donde es el socio solicitante quien debe acreditarlo. También serán los administradores, en sus funciones de administración, los que deberán comunicar al registro administrativo competente las transmisiones realizadas mediante certificación del libro-registro de acciones nominativas o del libro de socios en un plazo máximo de tres meses desde la transmisión⁶⁰. Al tiempo, deberán dar cuenta a la Junta general del porcentaje de capital representado por las acciones o participaciones laborales y generales, así como de las modificaciones sucedidas durante el ejercicio económico⁶¹.

2. Conversión de acciones y participaciones de “clase laboral” en “general”

La LSL no regula el supuesto en que un trabajador no indefinido adquiera acciones o participaciones sociales de la “clase laboral”. Se trata de una posibilidad no muy frecuente en la práctica pero que puede suceder. Así, pueden citarse a título de ejemplo la extinción de la relación laboral de un socio titular de acciones o participaciones de la “clase laboral”, si mantiene legalmente su condición de socio, o el fallecimiento del socio trabajador indefinido cuando sus herederos o legatarios no sean trabajadores de la sociedad o siéndolo no sean de este tipo⁶².

La doctrina, pese a la falta de regulación, considera que en tales casos el cambio de clase es obligatorio para el adquirente porque no puede ser titular de acciones o participaciones de la “clase laboral” sin ser trabajador por tiempo indefinido de la sociedad y que la conversión es, por analogía, competencia de los adminis-

derecho a exigir dicha conversión en caso de que los administradores desatiendan el aludido deber. En el mismo sentido, GÓMEZ CALERO, J. (cfr. *Las sociedades, ob. cit.*, p. 96, esp. nota 16) apunta que no se comprende bien que no se admitieran en el trámite parlamentario las enmiendas que pretendían que los administradores pudieran por propia iniciativa efectuar el cambio de clase, incluyendo las acciones o participaciones en la “clase laboral”.

60. Cfr. art. 4.4 PLSL y art. 4.5 LSL aunque éste último se limita a señalar que la comunicación debe ser periódica sin fijar plazo máximo alguno.

61. Cfr. art. 5.6 PLSL.

62. Vid. más casos posibles en GÓMEZ CALERO, J., *Las sociedades, ob. cit.*, pp. 98-99; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M./BARBERENA BELZUNCE, I., *Las sociedades, ob. cit.*, p. 90.

tradores ya que si están facultados para el cambio de la “clase general” a la “laboral”, más aún en este supuesto⁶³.

El art. 5.5 PLSL, como ya se ha señalado, no distingue en función de que la transmisión sea de la clase laboral a la general o viceversa, sometiendo ambas al mismo régimen que ya hemos analizado en el epígrafe anterior y a cuyos comentarios nos remitimos⁶⁴.

IV. Consideraciones finales

I. Una de las diferencias más notables entre las sociedades laborales y las SA o las SRL es el especial régimen jurídico de transmisión de acciones o participaciones sociales. Especialidad que se justifica tanto para lograr el fin perseguido por estas sociedades -promover que sus trabajadores adquieran la condición de socio-, como para evitar que incumplan los requisitos exigidos para adquirir la condición de “laboral”; incumplimientos que podrían conducir a su descalificación. En esta materia, la PLSL de 2013 de CONFESAL presenta significativas diferencias con la vigente LSL que son objeto de análisis en el trabajo distinguiendo entre los diversos supuestos posibles.

II. La vigente LSL regula la transmisión voluntaria *inter vivos* de acciones y participaciones de “clase laboral” estableciendo un régimen legal e imperativo basado en un supuesto de libre transmisión y en el reconocimiento de un derecho de adquisición preferente a favor de distintos sujetos con un orden de prelación legalmente establecido. Este régimen resulta complejo y ha generado ciertas dudas interpretativas.

En esta materia, la PLSL propone las siguientes modificaciones:

* Reducir los grupos de personas a los que se otorga derecho de adquisición preferente circunscribiéndose a los trabajadores indefinidos no socios, a los trabajadores indefinidos socios y a la propia sociedad. Frente al actual sistema, no se

63. En este sentido vid., entre otros, GÓMEZ CALERO, J., *Las sociedades*, ob. cit., pp. 98-99; PAGADOR LÓPEZ, J., *Las sociedades laborales*, ob. cit., p. 44; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M./BARBARENA BELZUNCE, I., *Las sociedades*, ob. cit., pp. 90-92, esp. nota 33 y bibliografía allí citada.

64. El art. 6.3 PLSL-2009 en idéntico sentido disponía que “La conversión de acciones y participaciones de clase general en laboral y viceversa...”. Vid. ANDREU MARTÍ, M.M., “Luces y sombras”, cit., p. 133.

otorga legalmente este derecho ni a los titulares de acciones o participaciones de la “clase general”, ni a los trabajadores no indefinidos. Sin embargo, frente al carácter imperativo de la vigente LSL, permite un mayor margen a la autonomía de la voluntad social permitiendo reconocer, vía estatutaria, a otras personas derechos de adquisición preferente. En nuestra opinión, con esta modificación se favorece el carácter “laboral” de la sociedad.

* Nuevo sistema obligatorio de distribución cuando sean varias las personas que ejercitaran su derecho de adquisición preferente sobre las acciones o participaciones y estas no fueran suficientes. En concreto, frente al reparto por igual de la vigente LSL, se propone distribuir las acciones en proporción inversa a la participación que cada uno de los concurrentes tuviera en el capital social. Este cambio obedece al propósito legislativo de repartir el poder en la empresa de forma más igualitaria y resulta más acorde con los postulados de la economía social que el reparto a todos ellos por igual con independencia de la participación que ya tuvieran en la sociedad.

* Normas específicas cuando sea la propia sociedad la que ejercitara el derecho de suscripción preferente adquiriendo sus propias acciones o participaciones, frente a la remisión que la vigente LSL realiza al régimen general de las SA.

* Consentimiento expreso de la sociedad para aquellas transmisiones de acciones o participaciones con las que se puedan superar los límites de los requisitos exigidos para su condición de sociedad laboral.

* Reducción de los plazos establecidos.

III. El régimen jurídico vigente para transmitir acciones y participaciones sociales de “clase general” es similar al establecido para las de “clase laboral” aunque con algunas diferencias relativas al supuesto de libre transmisión y al orden de prelación de los derechos de adquisición preferente legalmente reconocidos.

En esta materia, la PLSL propone un giro radical. Así, la transmisión se configura como libre tanto si el adquirente es socio, de cualquier clase, como si es un tercero ya trabajador, sin ser socio, en la sociedad, ya sea ajeno a la misma. Se permite, sin embargo, que los estatutos introduzcan cláusulas restrictivas. En nuestra opinión, aunque la intención de esta propuesta es loable -impulsar la inversión en las sociedades laborales con la entrada de nuevos socios-, no debe soslayarse el régimen general de transmisión de las cuotas sociales en las sociedades capitalistas. Así, aunque las leyes reguladoras de las sociedades laborales puedan esta-

blecer, como de hecho establecen, normas específicas, surgen dudas sobre cuál debe ser su relación con los principios configuradores de las sociedades capitalistas. En concreto, las dudas pueden surgir por la transmisión libre de las participaciones sociales de “clase general” que podría vulnerar uno de los principios configuradores de las SRL que las caracteriza como sociedades cerradas con base en su vertiente personalista. En nuestra opinión, esta propuesta de la PLSL de un régimen de transmisión libre de las participaciones de “clase general” no se justifica por el carácter laboral de la sociedad ya que precisamente afecta a sus cuotas no laborales. En realidad, esta posible controversia refleja, una vez más, los problemas que, desde siempre, ha generado la configuración de las sociedades laborales como tipo especial de SA o de SRL en lugar de haber optado por crear una forma social *ad hoc*.

IV. En cuanto a la transmisión forzosa de acciones y participaciones sociales, la vigente Ley solo regula el supuesto derivado de la extinción del vínculo laboral que unía a su titular con la sociedad. Además de este, la PLSL también contempla la transmisión derivada de embargo o de ejecución de prenda sobre las cuotas sociales.

V. En el caso de que la transmisión de acciones y participaciones sociales sea *mortis causa*, los regímenes de la vigente LSL y de la PLSL son muy similares salvo que esta última condiciona la transmisión al consentimiento de la sociedad cuando pudieran superarse los límites de los requisitos exigidos para su condición de sociedad laboral.

VI. La conversión de acciones y participaciones de “clase general” en “laboral” se configura por la vigente LSL como un derecho individual de los trabajadores por tiempo indefinido que adquieran acciones o participaciones de tal clase. Hay que advertir que la interpretación conjunta de este derecho con la exigencia, como piedra angular de la “laboralidad” de la sociedad, de que el 51% del capital social sea propiedad de estos trabajadores, conduce a problemas prácticos y a intensas disquisiciones doctrinales que la PLSL, en nuestra opinión, viene a solventar.

En concreto, la PLSL configura la conversión como un régimen automático en el que la propia sociedad, a través de sus administradores, está obligada a reclasificar la composición de su capital social sin necesidad de requerimiento del

socio. En definitiva, se logra que la posible división del capital social en una sociedad laboral responda a la existencia y razón de ser de las dos clases de acciones o participaciones que pueden existir en este tipo social.

Por último, la PLSL somete al mismo régimen automático de conversión el supuesto en que un trabajador no indefinido adquiriera acciones o participaciones sociales de la “clase laboral”; supuesto no regulado por la vigente LSL.

Bibliografía

- AAVV, *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002.
- AAVV, *Régimen jurídico de las Sociedades Laborales (Ley 4/1997)* (dir. ALONSO ESPINOSA, F.J.), Valencia, 1997.
- AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996.
- ALONSO ESPINOSA, F.J., “Especialidades en el régimen de la posición jurídica del socio”, AAVV, *Régimen jurídico de las Sociedades Laborales (Ley 4/1997)* (dir. ALONSO ESPINOSA, F.J.), Valencia, 1997, pp. 67-99.
- ANDREU MARTÍ, M.M., “Luces y sombras de la reforma de la Ley de sociedades laborales”, *Revista jurídica de Economía social y Cooperativa, Ciriec*, n^o 21, 2010, pp. 119-144.
- “Consideraciones sobre la propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Laborales”, en AAVV, *Economía social y Derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas de Economía social* (coord. Gómez Manresa, M.F./ Pardo López, M.M.), ed. Comares, Granada, 2013, pp. 19-47.
- CANO LÓPEZ, A., “Reflexiones acerca de un nuevo instrumento societario: la Ley 4/1997, de 24 de marzo de sociedades laborales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n^o 8, 1997, pp. 194-213.
- “Algunas reflexiones tópicas al hilo de una singular y necesaria propuesta de reforma”, *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa, Ciriec*, n^o 19, 2008, pp. 159-171.
- CIVERA GARCÍA, A., “Consideraciones en torno a la nueva Ley de Sociedades laborales”, *RGD*, n^o 634-635, julio-agosto 1997, pp. 9181-9195.
- EMBID IRUJO, J.M., Prólogo a *Régimen jurídico de las Sociedades Laborales (Ley 4/1997)* (dir. ALONSO ESPINOSA, F.J.), Valencia, 1997, pp. 11-16.
- FAJARDO GARCÍA, G., “Aspectos societarios de la reforma de la Ley de sociedades laborales”, *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa, Ciriec*, n^o 19, 2008, pp. 141-158.
- GÓMEZ CALERO, J., *Las sociedades laborales*, Granada, 1999.
- GÓMEZ PORRUA, J.M., “La nueva regulación de las sociedades laborales”, *DN*, n^o 80, 1997, pp. 1-30.

- LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., “La calificación laboral de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Régimen de su adquisición y pérdida”, en AAVV, *Régimen jurídico de las Sociedades Laborales (Ley 4/1997)* (dir. ALONSO ESPINOSA, F.J.), Valencia, 1997, pp. 17-45.
- NEILA NEILA, J.M., *Sociedades Laborales. Análisis sistemático de la Ley 4/1997, de 24 de marzo*, Madrid, 1998.
- OLAVARRÍA IGLESIA, J., “Algunos aspectos societarios de la propuesta de reforma de la Ley de sociedades laborales presentada por CONFESAL”, *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa, Ciriec*, nº 19, 2008, pp. 173-177.
- PAGADOR LÓPEZ, J., *Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca*, en *Tratado de Derecho Mercantil*, t. XII, vol. 2º, Madrid, 2005.
- RUIZ PERIS, I., “Breves reflexiones en materia de sociedades laborales y acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”, en AAVV, *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, vol. IV, pp. 4367 y ss.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./ GOÑI SEIN, J.L./ HUCHA CELADOR, F./ PERDICES HUETO, A., “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles” (dir. URÍA, R./ MENÉNDEZ, A./ OLIVENCIA, M.), t. XV, *Sociedades Laborales (Ley 4/1997, de 24 de marzo)*, Madrid, 2000.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., “Propuesta de reforma de la Ley de 1997 de sociedades laborales”, *Revista Jurídica de Economía Social y cooperativa, Ciriec*, nº 19, 2008, pp. 179-187.
- SANTOS MARTÍNEZ, V., “Sociedades laborales: implantación y renovación de una peculiar figura societaria”, en AAVV, *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, vol. IV, pp. 4379 y ss.
- SELVA SÁNCHEZ, L., “Consideraciones críticas acerca de la Proposición de Ley de Sociedades Laborales”, *Revista Jurídica La Ley*, nº 4.113, 2 de septiembre de 1996.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E.M./BARBERENA BELZUNCE, I., *Las sociedades laborales*, Pamplona, 1998.

LA CONSECUCIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE ESTABLECIMIENTO A TRAVÉS DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA: EL PROCEDIMIENTO DE TRASLADO DE DOMICILIO

Irene Escuin Ibáñez

Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad Politécnica Cartagena

RESUMEN

El Tratado de funcionamiento de la UE (TFUE en adelante) reconoce el principio de libre establecimiento de empresas en sus arts. 49 y 54 (anteriormente arts. 43 y 48 del Tratado Constitutivo de la CE). Ambos preceptos conceden plena libertad a los nacionales de cualquier Estado miembro de elegir el lugar donde desean constituir y gestionar sociedades o establecimientos secundarios, ya sean sucursales, agencias o filiales. El Tratado, sin embargo, no contempla la posibilidad de trasladar las sedes sociales de un Estado miembro a otro. El principio de libertad de establecimiento queda limitado, con ello, a la constitución ex novo de personas jurídicas, pero deja al margen la movilidad de sociedades ya constituidas por todo el territorio de la UE. Con este planteamiento inicial, el artículo analiza la manera en que los distintos tipos sociales europeos contribuyen a la movilidad de las personas jurídicas en el marco de la UE. Prestando especial atención a la Sociedad Cooperativa Europea, se analizará hasta qué punto el Reglamento N° 1435/2003 permite a las Sociedades Cooperativas Europeas elegir libremente el Estado Miembro en el que desean constituirse y de qué forma el procedimiento de traslado de domicilio previsto en la norma facilita la libre circulación de este tipo de sociedades.

PALABRAS CLAVE: Libertad de establecimiento, traslado de domicilio, sede real, sede registral, Sociedad Cooperativa Europea.

ACHIEVING THE PRINCIPLE OF FREE ESTABLISHMENT THROUGH THE EUROPEAN COOPERATIVE SOCIETY: THE PROCEDURE FOR TRANSFERRING THE REGISTERED OFFICE

ABSTRACT

The Treaty on the Functioning of the European Union recognizes the principle of freedom of establishment of companies in its Articles 49 and 54. Both articles allow the nationals of each Member State the freedom to choose the place where they want to form and manage companies or branch offices. Nevertheless, the Treaty does not consider the possibility of transferring the location of the company seat from one Member State to another. The freedom of establishment in the Treaty is, therefore, limited to the formation of the legal person, but it sets aside the circulation of companies already formed. According to this legal framework, the transfer of companies has always been a controversial issue which European Authorities have tried to solve creating European company forms, such as the European Company and the European Cooperative Society, with an autonomous regulation directly applicable to all Member States. According to this initial approach, the article analyses the way in which this European company forms are contributing to the mobility of legal persons within the EU. Paying special attention to the European Cooperative Society it will be studied to what extent the EC Regulation N° 1435/2003 allows European Cooperative Societies the freedom to choose the Member State where they want to be incorporated and in which way the seat transfer procedure provided by the EC Regulation truly contributes to the free movement of this type of companies.

KEY WORDS: Freedom of establishment, seat transfer, registered office, real seat, European Cooperative Society.

SUMARIO

1. El significado del principio de libre establecimiento de empresas en el marco de la UE. 2. Instrumentos jurídicos para hacer efectivo el libre establecimiento de empresas en la UE. 2.1. Armonización de las legislaciones europeas sobre sociedades a través de Directivas. 2.2. Creación de tipos sociales de corte exclusivamente europeo. 3. El libre establecimiento de sociedades cooperativas en la UE tras la aprobación del Reglamento CE 1435/2003 relativo al estatuto jurídico de la sociedad cooperativa europea. 3.1. Libre elección del Estado Miembro de constitución de la Sociedad Cooperativa Europea. 3.2. El traslado de domicilio social de la Sociedad Cooperativa Europea en el Reglamento CE 1435/2003. 4. Utilidad de la SCE para facilitar la libre circulación de las sociedades cooperativas domiciliadas en España. Bibliografía.

1. El significado del principio de libre establecimiento de empresas en el marco de la UE

El Tratado de funcionamiento de la UE (TFUE en adelante) reconoce el principio de libre establecimiento de empresas en sus arts. 49 y 54 (anteriormente arts. 43 y 48 del Tratado Constitutivo de la CE). Ambos preceptos conceden plena libertad a los nacionales de cualquier Estado miembro de elegir el lugar donde desean constituir y gestionar sociedades o establecimientos secundarios, ya sean sucursales, agencias o filiales. El Tratado, sin embargo, no contempla la posibilidad de trasladar las sedes sociales de un Estado miembro a otro. El principio de libertad de establecimiento queda limitado, con ello, a la constitución *ex novo* de personas jurídicas, pero deja al margen la movilidad de sociedades ya constituidas por todo el territorio de la UE. Tal posibilidad quedó mencionada, pero no regulada, en el art. 293 del TCE. El precepto simplemente reservó el traslado de la sede social a la conclusión de acuerdos particulares entre los Estados miembros por los que se estableciera un reconocimiento mutuo de personas jurídicas¹.

1. Sobre la configuración del principio de libertad de establecimiento en el Tratado vid. VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. "Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE", *RdS*, núm. 19, p. 18 y s; ÁLBAREZ PÉREZ, M. "Nuevas

En este escenario, el traslado de sociedades en la UE ha resultado ser una cuestión bastante controvertida en la medida en que encierra problemas de muy distinta índole. Por un lado, problemas de tipo político y económico. Son muchos los Estados que ven en ello un riesgo de deslocalización de empresas y, por tanto, de pérdida de ingresos fiscales, así como de tejido industrial, societario, en favor de quienes regulan de una manera más laxa el desarrollo de actividades empresariales dentro de su territorio².

Pero además de ello también se plantean dificultades en el orden jurídico. El hecho de que una sociedad traslade su actividad económica de un Estado a otro puede afectar aspectos estrechamente vinculados a la persona jurídica como puede ser su domicilio. Y, a su vez, un cambio de domicilio puede repercutir sobre la nacionalidad, la norma jurídica aplicable, sobre el lugar de registro y la jurisdicción a una determinada sociedad, en la medida en que todos ellos son elementos que se concretan en función del lugar de domiciliación³. No obstante, el grado de repercusión que el traslado de la sociedad va tener sobre todos estos aspectos va a ser distinto en cada Estado Miembro. La razón de ello es que el concepto de domicilio social utilizado por las distintas legislaciones societarias europeas no es uniforme⁴ y, por tanto, las consecuencias que sobre el mismo tiene el traslado de la actividad económica también van a ser diferentes.

En efecto, para algunos Estados miembros el domicilio social debe corresponderse con el lugar donde se encuentra la sede real de la sociedad, es decir, el

perspectivas de la libertad de establecimiento en los Estados de la Unión Europea, en particular para las sociedades”, *Noticias UE*, núm. 265, 2007, p. 39; RODAS PAREDES, N. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, Granada, 2011, p. 5 y s; EBERT, S. “The European Company on the level playing field of the community”, *European Business Law Review*, núm. 2, 2003, p. 184.

2. VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. “Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, p. 16; WYMEERSCH, E. “The transfer of the company seat in European Company Law”, *Common Market Law Review*, núm. 3, 2003, p. 662; EDBURY, M. “The European Company statute: a practical working model for the future of European company law making?”, *Common Market Law Review*, núm. 6, 2001, p. 1283.

3. GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976, p. 323.

4. Respecto a los distintos conceptos de domicilio social vid. MENJUCQ, M. “La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en el Derecho comunitario de sociedades”, *Noticias UE*, núm. 252, 2006, p. 104 y s.

centro de su actividad económica⁵. La correspondencia que se establece en estos ordenamientos entre domicilio y la sede real hace que el traslado del centro de la actividad económica de las sociedades constituidas conforme a sus prescripciones tenga repercusiones importantes. En concreto, un cambio de sede real implica un cambio de lugar de domiciliación y, por tanto, un cambio de todos aquellos aspectos relacionados con la personalidad jurídica de la sociedad que se determinan en función de éste, es decir, el lugar de registro, la nacionalidad, la jurisdicción y la norma aplicable. La consecuencia de todo ello es que el proceso de traslado de la sede real y, por tanto, del domicilio en estos Estados miembros se convierte en un proceso bastante complejo y costoso que llega a desmotivar la movilidad de las sociedades. Estas últimas deben liquidarse y extinguirse en la medida en que dejan de ser consideradas personas jurídicas conforme a la legislación del Estado de origen, para tener que volver a constituirse y registrarse en el Estado de destino⁶.

Para otros ordenamientos europeos, sin embargo, el domicilio es simplemente el lugar donde la sociedad decide registrarse, independientemente de que en él desarrolle su actividad económica⁷. Bajo esta concepción, es perfectamente admisible que una sociedad esté registrada y domiciliada en un determinado territorio y que su sede real se localice en un lugar diferente⁸. En consecuencia, las socie-

5. Con esta fórmula se pretende que exista un arraigo económico entre la sociedad y el Estado del que se pretende tener la nacionalidad y cuyo ordenamiento jurídico va a resultar aplicable, vid. GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades*, 324. Este concepto de domicilio es utilizado por la legislación societaria de países como Alemania y Francia. También en España a tenor de lo establecido en el art. 9 y 10 LSC, vid. GARCÍA-RIESTRA, M. "The transfer of seat of the European Company versus free establishment case-law", *European Business Law Review*, núm. 6, 2004, p. 1309 y ss; WYMEERSCH, E. "The transfer of the company seat in European Company Law", p. 669 y ss; MENJUCQ, M. "La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en el Derecho comunitario de sociedades", p.104.

6. GARCÍA-RIESTRA, M. "The transfer of seat of the European Company versus free establishment case-law", p. 1307; EBERT, S. "The European Company on the level playing field of the community", p. 190.

7. En estos casos, la entidad está sometida al ordenamiento jurídico de un Estado en el que no reside ni el control ni su actividad económica, vid. GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades*, p. 322.

8. Ingraterra, Holanda o Dinamarca siguen la llamada teoría de la incorporación a la hora de fijar el domicilio y, por tanto, la nacionalidad y legislación aplicable a una sociedad, vid. GARCÍA-RIESTRA, M. "The transfer of seat of the European Company versus free establishment case-law", p. 1308; WYMEERSCH, E. "The transfer of the company seat in European Company Law", p. 669 y ss; MENJUCQ, M. "La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en el Derecho comunitario de sociedades", p. 104.

dades que se han constituido conforme a la legislación de aquellos Estados miembros que siguen esta concepción de domicilio, pueden trasladar su actividad económica por todo el territorio de la UE sin necesidad de modificar el lugar de domiciliación y, por tanto, su nacionalidad, registro, jurisdicción y ley aplicable. En estos casos, el proceso de traslado de la sede real es, por tanto, un proceso más sencillo.

Partiendo de esta doble concepción de domicilio puede concluirse que la movilidad de las sociedades en la UE no siempre presenta el mismo grado de dificultad en términos de técnica jurídica. Existen menos problemas de movilidad cuando la sociedad desea trasladar su actividad económica entre Estados miembros que conciben el domicilio social simplemente como el lugar de registro. En tales casos, tiene lugar un mutuo reconocimiento de personas jurídicas, en función del cual, el Estado de origen va a permitir que la sociedad registrada y domiciliada en su territorio y, por tanto, regulada por su propia legislación societaria opere fuera del territorio nacional (supuesto de emigración) y el Estado de destino va a admitir que sociedades domiciliadas en un lugar distinto y constituidas conforme a una legislación diferente a la suya desarrollen actividades económicas dentro de sus fronteras (supuesto de emigración). No obstante, conviene tener presente que el ejercicio de actividades económicas por parte de sociedades extranjeras, ya sea en un supuesto de emigración o de inmigración, encierra otro tipo de cuestiones de interés, relacionadas básicamente con la necesidad de establecer una cierta coordinación entre las respectivas legislaciones societarias del Estado de origen y de destino. Conviene no olvidar que el supuesto presenta a una sociedad regulada internamente por la norma del Estado de constitución, pero cuya actividad económica se va desarrolla en el marco jurídico del Estado a dónde ha trasladado su sede real⁹.

Frente a ello, la libre circulación de personas jurídicas se ve realmente comprometida, cuando o bien el Estado de origen, o bien el Estado de destino, o ambos a la vez, utilizan el criterio de la sede real a la hora de fijar el lugar de domiciliación. En tales supuestos el traslado de la actividad económica va a arrastrar al domicilio y a modificar aspectos muy importantes de la persona jurídica como

9. Vid.. HALBHUBER, H. "National doctrinal structures and European Company Law", *Common Market Law Review*, núm. 38, 2001, p. 1401; WYMEERSCH, E. "The transfer of the company seat in European Company Law", p. 690.

puede ser su ley aplicable. Tal circunstancia añade un grado de dificultad bastante elevado al proceso de traslado que, como hemos visto, exige la extinción de la sociedad en el Estado de origen y su nueva constitución en el Estado de destino. Esta dificultad procedimental relacionada con la ausencia de un reconocimiento mutuo de sociedades constituye el principal obstáculo de técnica jurídica a la plena eficacia principio de libertad de establecimiento.

La solución a todas estas cuestiones de técnica jurídica no cabe encontrarla en el Tratado. Su artículo 293 abrió las puertas a una posible armonización normativa a través de la suscripción de convenios entre Estados que, por un lado, garantizaran el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de sede social y que, por otro, regulasen las cuestiones de naturaleza sustantiva implicadas en la operación. Sin embargo en la actualidad no existe ningún Convenio internacional suscrito a tal efecto¹⁰. Tampoco los escasos pronunciamientos del Tribunal europeo sobre la materia han sido concluyentes a la hora de fijar soluciones. La primera sentencia que trata cuestiones directamente relacionadas con la aplicación del principio de libertad de establecimiento sobre las personas jurídicas es la que resuelve el caso *Überseering* en 2002¹¹. *Überseering* era una sociedad constituida y domiciliada en Holanda, pero cuya administración efectiva se encontraba en Alemania. Tras los problemas surgidos con ocasión de un contrato de obra suscrito con una empresa alemana, *Überseering* planteó la correspondiente

10. Al respecto, el Convenio de Bruselas sobre reconocimiento de las sociedades y personas morales de 29 de febrero de 1968 constituyó un primer intento por avanzar en esta dirección, sin embargo, no fue ratificado por todos los Estados miembros y, por tanto, no llegó a entrar en vigor, vid. VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. “Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Notas sobre el traslado internacional de domicilio social de las cooperativas tras la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones de las sociedades mercantiles (STSJE de 16 de diciembre de 2008, caso Cartesio)”, *La Ley*, núm. 7294, 2009, p. 4.

11. Previamente el Tribunal Europeo había tenido ocasión de tratar la aplicación del principio de libertad de establecimiento pero en referencia exclusiva establecimientos secundarios (caso *Segers*, 1986 y caso *Centros*, 1999). En otras sentencias (caso *Daily Mail*, 1988) pese a que la vulneración del principio de libertad de establecimiento de las personas jurídicas es alegado por una de las partes, la argumentación del fallo no incluye manifestación relevante alguna sobre este principio, vid. WYMEERSCH, E. “The transfer of the company seat in European Company Law”, p. 664; GARCÍA-RIESTRA, M. “The transfer of seat of the European Company versus free establishment case-law”, p.1298; VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. “Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, p. 25 y ss.

demanda ante la jurisdicción alemana. No obstante, el tribunal desestimó la reclamación de *Überseering* bajo la consideración de que se trataba de una sociedad constituida en Holanda que, pese a tener localizado el centro de su actividad económica en Alemania, no había procedido al cambio de domicilio y, por tanto, no podía ser reconocida como persona jurídica ni adquirir capacidad jurídica conforme a la legislación alemana¹². El conflicto fue resuelto por el Tribunal europeo en el sentido de considerar contraria a los artículos 43 y 48 del Tratado la decisión de no reconocer personalidad jurídica y por tanto capacidad legal para intervenir en un procedimiento judicial a la sociedad *Überseering*. Esta última debía disfrutar de la misma capacidad para ser parte procesal que en su estado de constitución.

La importancia del fallo reside en que por primera vez el Tribunal Europeo parece hacer una apuesta clara en favor de la libre circulación de las personas jurídicas en el marco de la UE. No obstante, el análisis detenido de su contenido muestra que su alcance en este sentido es un tanto limitado. En efecto, el Tribunal utiliza el principio de libertad de establecimiento simplemente para concluir que toda sociedad constituida en un Estado miembro tiene capacidad legal para acceder a un procedimiento judicial y a ser considerada parte procesal ante cualquier tribunal de la UE. Sin embargo, la sentencia no entra a valorar cuestiones de derecho sustantivo relacionadas con la norma aplicable a la sociedad trasladada y a su actividad económica. Simplemente se garantiza el acceso al procedimiento, pero una vez garantizado se devuelve a los ordenamientos nacionales la tarea de resolver que tipo de sociedad va a reconocerse y la norma jurídica que va a regir su funcionamiento interno¹³. En definitiva, la sentencia admite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad *Überseering*, pero no

12. Vid. descripción detallada del supuesto de hecho en WYMEERSCH, E. "The transfer of the company seat in European Company Law", p. 665; VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. "Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE", p. 30; KINDLER, P. "Auf them weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft" *NJW*, núm. 15, 2003, p. 1073. R.

13. Vid. WYMEERSCH, E. "The transfer of the company seat in European Company Law", p. 684; KINDLER, P. "Auf them weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft", p. 1076.

da respuesta al conjunto de cuestiones que plantea un verdadero reconocimiento de la sociedad¹⁴.

Ante la ausencia de Convenios internacionales o de una jurisprudencia clara por parte del Tribunal europeo sobre el principio de libertad de establecimiento, conviene señalar cuáles han sido las herramientas utilizadas por las Autoridades comunitarias al objeto de superar las trabas jurídicas a la libre circulación de sociedades en la UE.

2. Instrumentos jurídicos para hacer efectivo el libre establecimiento de empresas en la UE

2.1. Armonización de las legislaciones europeas sobre sociedades a través de Directivas

En un primer momento, las Autoridades comunitarias centraron sus esfuerzos por conseguir la plena eficacia del principio de libre establecimiento en la elaboración de un marco jurídico común a través del cual uniformizar los aspectos sustantivos del Derecho de sociedades y eliminar diferencias significativas entre las distintas legislaciones nacionales. El instrumento utilizado a tal efecto fue la Directiva porque permitía alcanzar el objetivo unificador respetando al máximo las especialidades que cada Estado miembro. En efecto, la Directiva simplemente recogía una serie de pautas normativas básicas que, posteriormente, cada Estado adaptaba a su regulación interna atendiendo a las peculiares características de cada una de ellos¹⁵.

14. El art. 293 TCE distingue entre el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de sede y el mutuo reconocimiento de sociedades, constituyendo el primero un *minus* respecto del segundo. Un mutuo reconocimiento de sociedades exige dar respuesta a cuestiones relativas al tipo de norma jurídica aplicable a la sociedad trasladada que deben ser resueltas desde la perspectiva del derecho interno de cada Estado miembro, vid. KINDLER, P. "Auf them weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft", p. 1076.

15. HALBHUBER, H. "National doctrinal structures and European Company Law", p.1405 y s; EDBURY, M. "The European Company statute: a practical working model for the future of European company law making?", 1288 y ss.

A través de la Directiva se consiguió un cierto grado de uniformización en aspectos relevantes de la regulación de las sociedades, como, por ejemplo, el procedimiento de constitución y su publicidad (1ª y 2ª Directiva respectivamente), las modificaciones estructurales (3ª y 6ª Directiva), las cuentas anuales (4ª, 7ª, 8ª Directiva), las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (10ª Directiva), ect. No obstante, la utilización de esta herramienta como instrumento armonizador también tuvo sus limitaciones. La lentitud y complejidad de su proceso de elaboración y aprobación, así como las reticencias mostradas por los Estados miembros a la hora de aceptar una normativa que introdujera elementos extraños a su tradición jurídica fueron desgastando esta vía y dejando aspectos importantes del Derecho de sociedades al margen de la tarea unificadora¹⁶. Entre ellos y, a efectos de la materia que nos ocupa, cabría mencionar la propuesta de Decimocuarta Directiva comunitaria sobre traslado de la sede social al extranjero objeto que nunca llegó a aprobarse.

2.2. Creación de tipos sociales de corte exclusivamente europeo

Las propias limitaciones de la Directiva a la hora de configurar un espacio jurídico unificado en el que las sociedades europeas pudieran operar libremente, motivaron el inicio de una nueva estrategia armonizadora por parte de las Autoridades comunitarias. Esta última consistía en la creación de entes societarios de corte exclusivamente europeo, que contaran con una regulación propia y pudieran actuar más allá de las fronteras nacionales. A esta idea responden las primeras propuestas de creación de la Sociedad Anónima Europea (SAE en adelante) o de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE, en adelante). Ambas se proyectaron, en un primer momento, como tipos sociales de carácter supranacional que podían competir en igualdad de condiciones con el resto de tipos previstos en las legislaciones estatales y que disponían de una regulación propia,

16. Vid. respecto a las limitaciones de este procedimiento, ESTEBAN VELASCO, G. "El compromiso de Niza: por fin, la sociedad europea", *RdS*, núm.16, 2001, p. 142; EMBID IRUJO, J.M. "Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al plan de acción", *Noticias de la UE*, núm. 252, 2006, p.10.

desvinculada de los ordenamientos internos, recogida en un Reglamento comunitario de aplicación directa en todos los Estados miembros¹⁷.

De estas propuestas iniciales, el estatuto definitivo tanto de la SAE, aprobado por el Reglamento (CE) N° 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre, como de la SCE, aprobado por el Reglamento (CE) N° 1435/2003 del Consejo de 22 de julio, tan solo han mantenido su concepción de tipos sociales independientes de carácter exclusivamente europeo. Sin embargo, su pretendida regulación autónoma, emanada de las propias instancias comunitarias, no ha tenido un claro reflejo en ambos textos legales. De hecho, un análisis detenido de sus respectivos sistemas de fuentes demuestra que la legislación estatal sigue desempeñando un papel importante en su regulación.

En efecto, ambos tipos sociales presentan un sistema jerárquico de fuentes, en cuya cúspide se sitúa el Reglamento y, en segundo lugar, los estatutos de la sociedad, dentro del ámbito de actuación diseñado por el propio Reglamento. Tras esta primera referencia al Derecho europeo, el precepto remite a la aplicación supletoria de las distintas legislaciones nacionales en todo aquello no previsto por éste. Una vez sentadas las bases de este sistema de fuentes, la lectura detenida de ambos Reglamentos demuestra que el espacio de actuación que se deja al derecho propiamente europeo, constituido por el Reglamento y los propios estatutos de la sociedad es, en realidad, muy reducido y que, en contrapartida, son reiteradas las referencias a la legislación estatal a lo largo del articulado. Estas referencias constantes a la aplicación supletoria del Derecho de cada Estado miembro reduce, en definitiva, la impronta comunitaria tanto de la SAE como de la SCE para crear lo que se ha dado en llamar un “híbrido nacional-comunitario” que ha dejado en entredicho la idea de crear una regulación uniforme tanto para las sociedades anónimas como para las cooperativas¹⁸.

17. Vid. las primeras propuestas de regulación de la sociedad anónima y cooperativa europea en GIRÓN TENA, J. “El Derecho español ante el Derecho comunitario de sociedades”, en AAVV. *Tratado de Derecho comunitario europeo* (Dir. GARCÍA DE ENTERRÍA, E./GONZÁLEZ CAMPOS, J.D./MUÑOZ MACHADO, S.), Madrid, pág. 20; ESTEBAN VELASCO, G. “El compromiso de Niza: por fin, la sociedad europea”, pág. 143 y ss; MARTÍNEZ SEGOVIA, F.J. “Primera aproximación al estatuto de la sociedad cooperativa europea”, *REVESCO*, núm. 80, 2003, pág. 303 y s.; LANG / WEIMÜLLER. *Genossenschaftsgesetz Kommentar*, ed. De Gruyter, Berlin, 2006, p. 43; EDBURY, M. “The european company statute: a practical working model for the future of european company law making”, p. 1284.

18. Vid. críticas en este sentido, EBERT, S. “The European Company on the level playing field of the Community”, p. 189; KUEHRER, N. “Cross-border company establishment between the UK and Austria”, *European Business Law Review*, Mayo-junio, 2001, p.111; SIEMS, M. “The impact of the euro-

3. El libre establecimiento de sociedades cooperativas en la UE tras la aprobación del Reglamento CE 1435/2003 relativo al estatuto jurídico de la sociedad cooperativa europea

Hemos visto que la SCE se configura como un tipo social europeo con un pretendido ámbito de actuación supranacional que, sin embargo, no ha conseguido disponer de una regulación plenamente autónoma e independiente de las distintas legislaciones estatales sobre cooperativas. En este sentido, es cierto que el Reglamento (CE) N° 1435/2003 ha dejado un número importante de cuestiones relacionadas con el estatuto jurídico de la SCE a la aplicación supletoria del derecho estatal, reservando un estrecho margen de actuación al derecho estrictamente europeo. No obstante, conviene destacar que dentro de ese estrecho margen de actuación van a quedar incluidas cuestiones bastante relevantes en la consecución de la plena movilidad de las sociedades cooperativas en el marco de la UE.

En efecto, de entre los escasos aspectos que el Reglamento regula de forma imperativa, sin delegar en la aplicación supletoria de la legislación estatal, cabe destacar fundamentalmente dos: por un lado, la delimitación del tipo de sujetos que pueden acceder al modelo de SCE (art. 2.1) y, por otro, los criterios para identificar su domicilio social y proceder a su traslado (art. 6 y 7)¹⁹. Respecto a la primera de las cuestiones, el Reglamento tan solo permite acceder a este tipo social a un mínimo de cinco personas físicas, siempre y cuando residan al menos en dos Estados miembros, o bien a un mínimo de cinco personas físicas y jurídicas que igualmente residan o estén reguladas en al menos dos Estados miembros y, por último, a sociedades reguladas en los ordenamientos de al menos dos Estados miembros. Respecto a la segunda cuestión, el Reglamento ha procedido al diseño de un procedimiento de traslado de domicilio que pretende facilitar lo máximo

pean company (SE) on legal culture”, *European Law Review*, núm. 3, 2005, p. 439. ESTEBAN VELASCO, G. “El compromiso de Niza: por fin, la sociedad europea”, p. 162; RACUGNO, G. “La società cooperativa europea”, núm. 1, 2, y 3, *Riv.dir.comm.*, 2006, p.316; LUTTERMANN, C. “Die europäische Genossenschaft”, *ZVglRWiss*, núm 93, 1994, p. 32.

19. Vid. ESCUIN IBÁÑEZ, I. “Law applicable to the European Cooperative society established in Spain”, *EFCE*, núm. 1, 2011, p. 33.

posible el desarrollo de la operación. Es en este procedimiento donde se encuentra la principal contribución del Reglamento a libre circulación de la SCE.

Al margen de estos dos ámbitos, son realmente pocos los preceptos de carácter imperativo que pueden encontrarse diseminados a lo largo del Reglamento. Cabe mencionar al respecto, la variabilidad del capital social y del número de socios (art. 1.2), el establecimiento de un capital suscrito mínimo de 30.000 euros (art. 32), la admisibilidad en exclusiva de las aportaciones susceptibles de valoración económica (art. 4.2), el carácter obligatoriamente nominativo de las participaciones (art. 4.1), la prohibición de la adquisición de participaciones propias (art. 4.12) o la previsión de dos órganos obligatorios en la estructura interna de la cooperativa: la asamblea general y el órgano de administración (art. 36). En función de ello puede decirse que el Reglamento comunitario ha tenido un reducido efecto unificador, pero, eso sí, en ámbitos bastante trascendentales para el funcionamiento de las cooperativas que pretenden extender su actuación más allá de las fronteras nacionales.

Con este planteamiento inicial, en las páginas siguientes llevaremos a cabo un análisis detenido del impacto que esta parte imperativa del Reglamento (CE) N° 1435/2003 ha tenido sobre el principio de libertad de establecimiento en su doble faceta. Es decir, en qué medida el Reglamento garantiza la plena libertad de la SCE a la hora de constituirse en cualquier Estado miembro y de qué forma el procedimiento de traslado de domicilio en él previsto contribuye a la libre circulación de una SCE ya constituida por todo el territorio de la UE.

3.1. Libre elección del Estado Miembro de constitución de la Sociedad Cooperativa Europea

En principio, la SCE tiene plena libertad a la hora de elegir el lugar donde desea constituirse, sin que la nacionalidad de cada uno de sus miembros sea un factor vinculante a la hora de decidir. El Reglamento simplemente somete el ejercicio de esta libertad a dos condiciones. La primera de ellas es que la cooperativa se establezca dentro del ámbito territorial de la UE (art. 1). La segunda es que, una vez dentro de la UE, la sociedad se domicilie en aquel el Estado miembro donde pretenda desarrollar su actividad económica estableciendo en él su administración central (art. 6). Con esta doble condición el legislador garantiza que el lugar donde la SCE se constituye y domicilia va a coincidir con el lugar donde se localiza su centro de operaciones. De esta forma, se consigue que la vertiente jurí-

dica y económica de la sociedad confluyan en único Estado miembro desde el momento mismo de su constitución²⁰. El legislador europeo ha sido, además, bastante exigente en el cumplimiento de esta última condición. En efecto, si el lugar de constitución y el lugar donde la SCE opera económicamente no coinciden el Estado miembro de registro tendrá que adoptar las medidas necesarias para regularizar la situación y evitar, así, que la sociedad sea liquidada.

La introducción de esta segunda condición por el Reglamento, así como las rigurosas consecuencias derivadas de su incumplimiento, han sido fuente de controversia, fundamentalmente por las interferencias que pueden ocasionar sobre el principio de libre establecimiento de la SCE. La exigencia de que esta última deba domiciliarse e instalar su centro de operaciones en el mismo Estado miembro va a tener una repercusión indudable sobre el concepto de domicilio utilizado por el Reglamento, y, por tanto, sobre las consecuencias que lleva consigo su posible traslado. Tales repercusiones serán analizadas en las páginas siguientes al objeto de concluir cuál es el verdadero grado de movilidad que tienen las sociedades cooperativas europeas.

3.2. El traslado de domicilio social de la Sociedad Cooperativa Europea en el Reglamento CE 1435/2003

3.2.1. *Concepto de domicilio*

Como ya hemos tenido oportunidad de exponer previamente, no existe un concepto homogéneo de domicilio en los distintos ordenamientos europeos. Mientras que unos optan por el modelo de constitución, de acuerdo con el cual el domicilio debe corresponderse con el lugar donde la sociedad se constituye y registra, otros optan por el modelo de sede real, donde la decisión por un domicilio u otro no depende del simple dato formal del registro, sino que además debe tener una fundamentación material basada en la localización de la actividad económica de la sociedad. Ante esta dualidad de modelos, el contenido de los

20. SCHULZE, R. / WIESE, M. "Die SCE mit Sitz in Deutschland und die Reform des deutschen Genossenschaftsrecht", *ZfG*, núm. 2, 2006, p. 110; BOULOUKOS, M. "The European Company (SE) as a vehicle for corporate mobility within the EU: a breakthrough in European Corporate Law?", *European Business Law Review*, núm. 3, 2007, p. 552; SASSO, L. "Societas Europaea: between harmonization and regulatory competition", *ECL*, núm. 4, 2007, p. 161.

arts. 1 y 6 del Reglamento, anteriormente analizados, muestra una preferencia del legislador europeo hacia los postulados de la teoría de la sede real. En efecto, el hecho de que se exija una coincidencia entre el lugar de domiciliación y el lugar donde la SCE tiene situada su administración social da cuenta del interés por conseguir una conexión verdadera entre la sede registral y la sede efectiva de una SCE²¹.

Esta opción del legislador europeo no ha quedado, sin embargo, exenta de crítica. Tradicionalmente el modelo de sede real ha sido considerado como un factor que limita la movilidad de las sociedades. El hecho de que el traslado de la actividad económica lleve aparejado un cambio de lugar de registro, nacionalidad, norma aplicable y jurisdicción añade un grado de complejidad muy grande a un procedimiento que exige la previa liquidación y extinción de la sociedad, para volver a constituirse de nuevo en el Estado de destino. Frente a ello, el modelo de constitución permite a las sociedades modificar el lugar donde desarrollan su actividad económica sin plantear, en términos comparativos, tantos obstáculos de técnica jurídica²². No obstante, la idea de que utilizar el criterio de constitución a la hora de establecer el domicilio de las sociedades contribuye de manera más eficaz a la implantación del principio de libre establecimiento merece ser matizada. La razón de ello es que el análisis detenido de este criterio muestra que su utilización no siempre facilita la movilidad de las personas jurídicas. Incluso en determinados casos puede llegar a plantear la misma complejidad procedimental que el cambio de domicilio en los ordenamientos que siguen el criterio de la sede real.

21. La elección de este criterio más exigente, tanto por la SCE, como por la SE, respondió a razones de tipo histórico, político y de técnica jurídica. Por un lado se trataba del criterio dominante en la mayor parte de los Estados continentales y su elección permitía satisfacer los intereses de países como Alemania, bastante reticentes a este tipo de sociedades de corte europeo por los problemas de coexistencia y de vinculaciones ficticias que podían plantear. Por otro lado, ante un posible conflicto entre sistemas, dada las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos europeos en su concepción de domicilio social, la elección del criterio de vinculación más exigente podía contribuir a salvar la situación, vid. MENJUCQ, M. "La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en el Derecho comunitario de sociedades", p. 106-107.

22. Vid. críticas generales al criterio de la sede real en GARCÍA-RIESTRA, M. "The transfer of seat of the European Company versus free establishment case-law", p. 1297; BOULOUKOS, M. "The European Company (SE) as a vehicle for corporate mobility within the EU: a breakthrough in European Corporate Law?", *European Business Law Review*, núm. 3, 2007, p. 554; SASSO, L. "Societas Europea: between harmonization and regulatory competition", ECL, núm. 4, 2007, p. 161.

En efecto, la principal ventaja del modelo de constitución es que al fijar el domicilio de una sociedad atendiendo al lugar de registro, establece una disociación entre la sede real y la sede registral que permite modificar la primera sin tener que tocar la segunda. Es decir, la sociedad puede trasladar su centro de actividades (sede real) manteniendo su domicilio (sede registral). Esto hace que los ordenamientos que siguen el modelo de constitución sientan de forma menos intensa la necesidad de facilitar el traslado del domicilio, porque ello no es necesario para que la sociedad pueda desarrollar su objeto social en un lugar diferente. Ahora bien, en estos ordenamientos también puede plantearse el supuesto inverso, es decir, el caso de sociedades que deseen trasladar no ya su actividad económica, sino su propio domicilio porque les interese el tipo de regulación más flexible que otros Estados miembros ofrecen a las personas jurídicas, o bien porque quieran eludir la aplicación de alguna norma jurídica de su Estado de constitución que consideren perjudicial para sus intereses. Aquí no se pretende un cambio de sede real, sino un cambio de sede registral, porque ello conlleva la atribución de una nacionalidad distinta y la aplicación de una norma jurídica que se considera más favorable.

El caso *Daily Mail* planteado ante el Tribunal de justicia Europeo puede constituir un ejemplo en este sentido. En este caso, la compañía *Daily Mail* constituida en el Reino Unido, trasladó su centro de actividades a Amsterdam, para evitar el sistema de pago de impuestos previsto por la legislación británica. En ambos países se permitía la operación de cambio de sede real con el mantenimiento de la persona jurídica, pero en el Reino Unido se exigía, para ello, la previa autorización de la Autoridad fiscal británica al objeto de evitar que el traslado de sede encubriese una evasión de impuestos. Esta exigencia de autorización previa fue considerada por la compañía *Daily Mail* como una vulneración a la libre circulación de las personas jurídicas en el UE, sin embargo, el Tribunal decidió en sentido contrario²³. En este punto, interesa destacar que el fallo del Tribunal no se fundamentó en la posible vulneración del principio de libre establecimiento por parte de esta autorización previa. Antes bien, el Tribunal cons-

23. Vid. descripción del supuesto en VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. "Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE", p. 26 y s; RODAS PAREDES, N. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, p. 70 y s; PETRONELLA, V. "The cross-border transfer of the seat after Cartesio and the non-portable nationality of the company", *European Business Law Review*, nº 22, 2010, p. 249.

truyó toda su argumentación tomando como punto de referencia los postulados del modelo de constitución seguidos por el ordenamiento británico y sus efectos. En función de ello, la sentencia concluye que si la compañía *Daily Mail* estaba constituida y registrada en el Reino Unido, le resultaba aplicable la legislación británica y, por tanto, tenía que someterse al régimen de autorización previa en ella prevista. La única forma de eludir la aplicación de dicha norma sería trasladar el domicilio a un Estado distinto, dejar de ser una sociedad británica y pasar a estar regulada por una legislación diferente.

La sentencia sirve para poner de manifiesto que en el marco de aquellos ordenamientos que siguen el modelo de constitución también puede plantearse la necesidad de modificar el domicilio, como elemento que determina la nacionalidad y régimen jurídico aplicable a una sociedad. No obstante, el cambio de domicilio en estos ordenamientos acarreará las mismas dificultades procedimentales ya vistas al analizar el modelo de sede real. En concreto, la sociedad deberá liquidarse y extinguirse en la medida en que dejará de ser considerada persona jurídica conforme al ordenamiento del Estado de origen, para volver a constituirse y registrarse en el Estado de destino cuya legislación le resultará aplicable a partir de ese momento. En definitiva, utilizar el modelo de constitución al fijar el domicilio no permite esquivar todas las dificultades que plantea la movilidad de las sociedades en la UE. Evita complicaciones cuando lo que se quiere trasladar es la actividad económica, es decir, la sede real, pero plantea igualmente dificultades cuando el objetivo es modificar el domicilio mismo en busca de una regulación más favorable²⁴.

3.2.2. Procedimiento de traslado de domicilio

En realidad, la principal contribución del Reglamento CE 1435/2003 sobre el estatuto jurídico de la SCE al principio de libertad de establecimiento es el

24. De hecho, el ordenamiento jurídico británico, citado muchas veces como paradigma del modelo de constitución, no contempla la posibilidad de trasladar el domicilio de las sociedades registradas dentro de su territorio vid. RODAS PAREDES, N. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, p. 140. Ello significa que las sociedades constituidas en el Reino Unido podrán establecer su centro de actividades en cualquier Estado de la Unión Europea, pero siempre vendrán reguladas por la legislación británica. En este caso se considera que las facilidades que se conceden a la movilidad en la vertiente económica permiten compensar el inmovilismo en la vertiente jurídica.

procedimiento de traslado de domicilio que diseña en su art. 7. El traslado se tramita como una modificación estatutaria en la que básicamente pueden distinguirse las siguientes fases. Una primera en la que el órgano de administración debe redactar un proyecto de traslado que incluya el nuevo domicilio social, los estatutos propuestos para la SCE, la fecha de traslado, así como cualquier implicación que ello pueda tener sobre los trabajadores y los instrumentos de defensa de que disponen socios y acreedores. El proyecto debe ir acompañado, además, de un informe en el que se expliquen todos los jurídicos y económicos del cambio de domicilio y sus posibles efectos sobre todas las partes implicadas. Una vez publicado el proyecto, la SCE dispone de un plazo de dos meses para decidir por acuerdo de la junta general el traslado del domicilio. La adopción de un acuerdo favorable al traslado implica para la SCE la necesidad de satisfacer todas las deudas surgidas con anterioridad a la publicación del proyecto y de asegurar conforme a su respectiva ley nacional los derechos de los acreedores. Tales extremos habrán de ser comprobados por el Juez, Notario o Autoridad competente del Estado de origen al objeto de expedir el correspondiente certificado acreditativo de que se han cumplido los trámites y formalidades necesarias para el cambio de domicilio. Este certificado deberá remitirse al Registro correspondiente del Estado de destino como condición necesaria para llevar a cabo la nueva inscripción y, por tanto, la modificación estatutaria. Una vez practicada la nueva inscripción deberá comunicarse al antiguo registro para proceder a la cancelación del asiento anterior. Finalmente la nueva inscripción, así como la cancelación del asiento anterior serán publicados en el Estado de origen y destino de acuerdo con lo establecido en sus respectivas legislaciones nacionales.

El aspecto más destacable del procedimiento es que todos los trámites se llevan a la práctica sin necesidad de liquidar, extinguir y volver a constituir la SCE. La sociedad mantiene su personalidad jurídica durante toda la tramitación del cambio de domicilio, evitando, con ello, los obstáculos procedimentales que tradicionalmente han planteado este tipo de operaciones. En consecuencia, y pese a decantarse en un primer momento por el criterio de la sede real, el Reglamento introduce modificaciones sobre efectos que el uso de este criterio tiene sobre el traslado de domicilio. Este último deberá ubicarse en el lugar donde se encuentra la administración central de la sociedad, pero, en contrapartida, su modificación no llevará consigo una extinción de la persona jurídica. El legislador europeo mantiene, así, una posición intermedia. Por un lado opta por la postura más estricta a la hora de definir el domicilio de la SCE, aspecto que compensa poste-

riormente con un procedimiento de traslado que permite el mutuo reconocimiento de sociedades entre el Estado de origen y el de destino²⁵.

Esta constituye una de las principales ventajas de la SCE y uno de los factores a tener en cuenta por las sociedades cooperativas a la hora de decantarse por el tipo social europeo. No obstante, conviene tener en cuenta que las especialidades de este procedimiento de traslado de domicilio no van a tener el mismo grado de utilidad en todos los Estados miembros. En el marco de los ordenamientos que siguen el criterio de la sede real, la ventaja de la SCE es clara. Este tipo social facilita la movilidad tanto del domicilio como de la actividad económica de la cooperativa, simplificando los trámites procedimentales y permitiendo que la personalidad jurídica se mantenga durante todo el traslado. Las ventajas no son, sin embargo, tan claras en caso de empresas domiciliadas en ordenamientos que siguen el criterio de constitución. La razón de ello es que estos últimos ofrecen posibilidades bastante amplias a la movilidad de las personas jurídicas, sin necesidad de recurrir a los tipos sociales europeos. En concreto, permiten a las sociedades trasladar el lugar donde desean desempeñar su actividad económica sin necesidad de modificar el domicilio, algo que, sin embargo, el Reglamento de la SCE no permite²⁶. Ahora bien, ello no quiere decir que los tipos sociales de corte europeo carezcan de todo tipo de utilidad en estos ordenamientos. Ya vimos que recurrir al criterio de constitución a la hora de fijar el domicilio no permitía resolver todos los problemas de movilidad de las personas jurídicas. Resultaba útil cuando el objetivo consistía en trasladar la sede real, pero no cuando la sociedad deseaba cambiar de sede registral en busca de una regulación más flexible

25. Esta constituye la principal diferencia respecto al procedimiento de traslado de domicilio seguido en aquellos ordenamientos que utilizan el criterio de la sede real, vid. SCHULZE, R. / WIESE, M. "Die SCE mit Sitz in Deutschland und die Reform des deutschen Genossenschaftsrecht", p. 111. El mantenimiento de la personalidad jurídica en los procesos de traslado de domicilio previsto en el estatuto jurídico tanto de la SCE, como de la SAE ha merecido una valoración positiva en el conjunto de la doctrina, vid. en este sentido, GARCÍA-RIESTRA, M. "The transfer of seat of the European Company versus free establishment case-law", p. 1303; BOULOKOS, M. "The European Company as a vehicle form corporate mobility within the EU: a breakthrough in european corporate law?", *European Business Law Review*, núm. 3, 2007, p. 538; PALAO MORENO, G. "El domicilio de la Sociedad Anónima Europea y su traslado", en AAVV. *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, (dir. Boquera Matarredona, J.), Cizur Menor, 2006, P. 77.

26. La utilización del criterio de la sede real hace que el Reglamento sea más estricto en este ámbito, vid. PETRONELLA, V. "The cross-border transfer of the seat after Cartesio and the non-portable nationality of the company", p. 262.

y favorable. En tales casos la utilización del criterio de constitución no permitía obviar todas las dificultades procedimentales que planteaba un cambio de domicilio. Al igual que en los ordenamientos basados en el criterio de la sede real, la persona jurídica seguiría sujeta a la necesidad de liquidarse y extinguirse para volver a constituirse en el Estado de destino y regirse por las normas de este último. Es en este ámbito, por tanto, donde la SCE y su procedimiento de traslado de domicilio puede tener una ventaja comparativa respecto al resto de tipos sociales nacionales. En consecuencia, la SCE merece una doble valoración en el marco de los ordenamientos que siguen el criterio de constitución en la determinación del domicilio. Por un lado, es un tipo que dificulta la movilidad de aquellas personas jurídicas que solo desean cambiar el lugar donde desarrollar su actividad económica, pero ofrece más ventajas a aquellas sociedades que desean cambiar de domicilio y norma reguladora, en la medida en que instaura un procedimiento que permite mantener su personalidad jurídica durante todo el traslado.

Respecto al procedimiento de cambio de domicilio resta por analizar los instrumentos concretos previstos por el Reglamento para proteger los intereses de socios y acreedores. Durante bastante tiempo el posible perjuicio que un cambio de domicilio podía ocasionar sobre sus intereses fue esgrimido como un inconveniente importante a la libre circulación de las personas jurídicas²⁷. Ante ello, el Reglamento resuelve la situación ofreciendo soluciones distintas según se trate de socios o de acreedores. En el primer caso, la protección se consigue por dos vías. Por un lado, reconociendo a todos los socios la posibilidad, o bien de examinar en el domicilio de la SCE la propuesta de traslado y el informe elaborado por el órgano de administración, o bien de solicitar la obtención gratuita de los mismos en el plazo de un mes antes de la celebración de la junta general (art. 7.4). Además de este derecho de información, el Reglamento de la SCE va a atribuir un derecho de separación a todos aquellos socios que se hayan opuesto en junta al acuerdo

27. Todo cambio de domicilio y, por tanto, de norma aplicable, constituye un riesgo para socios y acreedores y este ha sido uno de los argumentos utilizados en el ámbito anglosajón para no contemplar la posibilidad de trasladar la sede registral, algo que, como hemos visto, se compensa con las mayores facilidades que se conceden al traslado de la sede real, vid. PETRONELLA, V. "The cross-border transfer of the seat after Cartesio and the non-portable nationality of the company", p. 258; RODAS PAREDES, N. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, p.141.

de traslado de domicilio, derecho que debe ser ejercitado en un plazo de dos meses desde su celebración (art. 7.5). El reconocimiento de esta facultad está en consonancia con la tramitación del cambio de domicilio a modo de modificación estatutaria y supone la introducción de una herramienta concreta de defensa de los socios. A diferencia del estatuto jurídico de la SAE, que delega sobre cada una de las legislaciones nacionales la tarea de garantizar los intereses de todas las partes afectadas por una modificación del domicilio, el Reglamento de la SCE prescinde de la delegación e introduce directamente el derecho de separación como instrumento a utilizar por quienes forman parte de este tipo social europeo²⁸. Frente a ello, la protección de los intereses de los acreedores en el Reglamento ha quedado limitada a la posibilidad de examinar en la sede social o de solicitar gratuitamente la remisión tanto del proyecto de traslado, como del informe del órgano de administración. Los acreedores disponen, por tanto, de un derecho de información pero carecen de instrumento alguno que les permita incidir directamente en el proceso mismo de traslado. En este sentido, la posibilidad de que los acreedores puedan oponerse al cambio de domicilio en caso de que sus respectivos derechos de crédito no se hayan visto efectivamente satisfechos es algo que no viene directamente reconocido por el Reglamento. Habrá que estar, por tanto, a lo establecido en cada una de las legislaciones nacionales.

3.2.3. Cláusula de salvaguardia

Todas las ventajas que el estatuto jurídico de la SCE puede reportar al libre establecimiento de sociedades en la UE y a las que hemos tenido oportunidad de referirnos anteriormente chocan de frente con lo previsto en el art. 7.14 del Reglamento. De acuerdo con este último, los Estados pueden prever en sus respectivas legislaciones nacionales que un traslado de domicilio con cambio de legislación aplicable no surta efecto si en el plazo de dos meses desde la publicación del proyecto la autoridad competente se opone al mismo por razones de interés

28. Mientras que para la SAE el legislador europeo ha considerado prioritario el interés de la sociedad que desea trasladarse evitando la introducción de obstáculos a su movilidad vid. PALAO MORENO, G. “El domicilio de la Sociedad Anónima Europea y su traslado”, p. 87-88; BOULOUKOS, M. “The European Company (SE) as a vehicle for corporate mobility within the EU: a breakthrough in European Corporate Law?”, p. 551), el Reglamento de la SCE ha defendido de manera más decidida los intereses de los socios.

público²⁹. La lectura detenida del precepto muestra que la posibilidad de que una SCE disfrute de las ventajas que ofrece el procedimiento de traslado de domicilio previsto en el Reglamento va a depender en último término de la discrecionalidad de cada uno de los Estados miembros. A estos últimos se les está reconociendo la posibilidad de ejercitar un derecho de oposición al traslado que deberán justificar siempre en razones de interés público. La importancia que tiene esta cláusula de salvaguardia a la hora de valorar si la SCE realmente contribuye a hacer efectivo el principio de libertad de establecimiento exige detenerse en el análisis de dos aspectos concretos de la misma. Por un lado, el supuesto de hecho que motiva la aplicación de esta cláusula, es decir, en qué casos nos vamos a encontrar con un traslado que implique una modificación de legislación aplicable y, en segundo término, qué se entiende por interés público en este caso y, por tanto, cuáles son las razones que pueden motivar el ejercicio justificado de este derecho de oposición.

Por lo que respecta al supuesto de hecho, el art. 7.14 del Reglamento parece limitar la posibilidad de que los Estados miembros introduzcan cláusulas de salvaguardia a aquellos casos en los que el cambio de domicilio implique igualmente un cambio de norma aplicable. No obstante, la individualización que el precepto realiza de este supuesto de hecho parece un tanto innecesaria. En realidad, y fuera de los casos en los que el traslado se realiza dentro de un mismo Estado miembro, es difícil imaginar cambios de domicilio de una SCE que no lleven consigo un cambio de regulación y ello por varios motivos. Por un lado, porque a pesar de los intentos por configurar a la SCE como un tipo social europeo con una regulación independiente y desvinculada de cada uno de los Estados miembros, ya hemos visto que son muy pocas las normas de derecho estrictamente europeo incluidas en el Reglamento y bastante amplio el espacio de actuación que se deja a la aplicación supletoria de las distintas legislaciones nacionales. En este sentido, es cierto que el cambio de domicilio no afectará a aplicación de aquellas normas de derecho estrictamente europeo que se contienen en el Reglamento, pero sí a aquellas materias que deben regularse supletoriamente por las respectivas legislaciones nacionales. Respecto a estas últimas, el cambio de domicilio implica que

29. En cualquier caso, conviene advertir que el Reglamento simplemente habilita a los Estados miembros para introducir en sus respectivas legislaciones nacionales este tipo de cláusulas de salvaguardia, pero no introduce obligación alguna al respecto. De igual forma se manifiesta el Reglamento regulador de la SAE, vid. VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. "Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE", p. 36.

a partir de ese momento el Estado de destino será quien establezca los requisitos jurídicos a los que deberá adaptarse la organización interna de la SCE que va a operar y a domiciliarse dentro de su territorio³⁰. Ello hace prácticamente imposible que el cambio de domicilio se resuelva sin tener que proceder a la adaptación de los estatutos de la SCE a la nueva legislación del Estado de destino en todos aquellos aspectos que el Reglamento delega sobre las legislaciones nacionales. En definitiva el procedimiento de cambio de domicilio previsto por el legislador europeo garantiza el mantenimiento de la personalidad jurídica de la SCE así como aquella parte de su estatuto jurídico que está regulada imperativamente por las normas de Derecho europeo. Sin embargo, la regulación del resto de aspectos comprendidos en el estatuto jurídico de la SCE será competencia de cada uno de los Derechos nacionales.

Por lo que respecta al interés público como límite al ejercicio de este derecho de oposición por parte de los Estados miembros, resulta necesario destacar su condición de concepto abstracto cuyo contenido habrá de concretarse utilizando ejemplos extraídos de la propia práctica societaria. De todas formas, y teniendo en cuenta la función que desempeña esta referencia al interés público como freno al ejercicio injustificado del derecho de oposición, quizás hubiera sido deseable una mayor concreción del legislador europeo al introducir este concepto. En cualquier caso, queda claro que la utilización de argumentos como el riesgo de deslocalización de empresas, la pérdida de beneficios fiscales o la búsqueda de ordenamientos más flexibles no pueden justificar una negativa al traslado de sede social. El propio significado del principio de libre establecimiento ampara la movilidad de sociedades bajo este tipo de motivaciones. Ello hace que el conjunto de razones que pueden fundamentar la instauración de una cláusula de salvaguardia por parte de los Estados miembros sea bastante limitado³¹.

30. En este sentido, conviene recordar la diferencia existente entre mantener la personalidad jurídica de la sociedad que se traslada y proceder al pleno reconocimiento de la misma. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo ha considerado que el principio de libre establecimiento alcanza simplemente el primer aspecto, sin embargo, el pleno reconocimiento de sociedades encierra cuestiones que dependen de la soberanía de cada Estado miembro. Ello significa, por tanto, que el traslado de la sede social va a implicar un cambio de norma aplicable y la necesidad de adaptarse a este nuevo marco jurídico para que la sociedad pueda ser plenamente reconocida en el Estado de destino, vid. KINDLER, P. "Auf them weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft" 1075; PETRONELLA, V. "The cross-border transfer of the seat after Cartesio and the non-portable nationality of the company", p. 261.

31. Al respecto se ha mencionado, por ejemplo, la necesidad de garantizar el abastecimiento de productos energéticos VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. "Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE", p. 36.

4. Utilidad de la SCE para facilitar la libre circulación de las sociedades cooperativas domiciliadas en España

Queda por analizar, en último término, la situación de aquellas sociedades cooperativas constituidas en territorio español, ya sea bajo la ley estatal o autonómica, que desean trasladar su sede social a algún otro Estado Miembro de la UE. La razón de ello es que el análisis concreto de su situación permitirá llegar a conclusiones sobre las ventajas que el modelo de SCE puede reportar en estos casos.

El primer aspecto a destacar es que las sociedades cooperativas españolas no cuentan con ninguna norma jurídica que ampare el traslado de su sede social a un Estado diferente. Este supuesto no aparece contemplado en la Ley 27/1999 General de Cooperativas, ni tampoco en la legislación autonómica sobre la materia. De igual forma las sociedades cooperativas han quedado excluidas del régimen jurídico sobre traslado internacional de domicilio social previsto por la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles³². En este escenario de indeterminación normativa, la posibilidad de que las sociedades cooperativas españolas puedan moverse por todo el ámbito territorial de la UE dependerá, por un lado, de los criterios utilizados por el Estado de origen y destino para la fijación del domicilio y, por otro, de las directrices de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre la interpretación del principio de libertad de establecimiento en los escasos pronunciamientos que ha dedicado a la materia.

En este sentido, y siendo España el lugar de origen de la sociedad cooperativa que desea trasladarse conviene señalar, en primer término, que tanto la ley 3/1999 General de Cooperativas como el resto de leyes autonómicas participan del criterio de la sede real a la hora de determinar el domicilio de aquellas cooperativas que incurren dentro de sus respectivos ámbitos aplicativos. Ello significa que el traslado de la actividad económica de las cooperativas constituidas en territorio español conlleva un traslado de sede registral y viceversa. Ya hemos visto que la utilización de este criterio dificulta la movilidad de las personas jurídicas, pero también que la aplicación de la doctrina del Tribunal Europeo sobre tras-

32. Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Notas sobre el traslado internacional de domicilio social de las cooperativas tras la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones de las sociedades mercantiles (STSJE de 16 de diciembre de 2008, caso Cartesio)”, pág. 2.

lados intracomunitarios permite suavizar las consecuencias de este último. En concreto, y de acuerdo con esta última, el principio de libertad de establecimiento ampara el mantenimiento de la personalidad jurídica de aquellas sociedades cooperativas que desean trasladarse a otro Estado. Ahora bien su pleno reconocimiento en el Estado de destino llevaría consigo la adaptación de su régimen interno al nuevo marco jurídico en el que se va a domiciliar y a operar a partir de ese momento. En definitiva, la doctrina del Tribunal Europeo permitiría ahorrar los costes de liquidación, extinción y nueva constitución de la sociedad cooperativa, pero no evitaría el cambio de norma aplicable. Por su parte, e independientemente de que el Estado de destino siga el criterio de la sede real o el criterio de incorporación a la hora de fijar el domicilio, el dato de que en las cooperativas constituidas en España deban trasladar su sede real y registral al mismo tiempo hará necesario que estas últimas se adapten a la legislación del Estado desde donde van a operar a partir del traslado. En definitiva, el Tribunal de Justicia Europeo garantiza el mantenimiento de la persona jurídica, pero la cuestión acerca de cómo va a reconocerse a dicha persona jurídica debe responderse por la propia legislación nacional del Estado de destino y es en este punto donde va a existir un mayor grado de indeterminación.

Partiendo de ello, cabe cuestionarse si el procedimiento de traslado de domicilio previsto para la SCE puede aportar algo nuevo en este contexto. Como vimos el Reglamento planteaba como primer objetivo facilitar los procedimientos de traslado evitando los costes de disolución, extinción y nueva constitución de las sociedades. En este punto, existe un paralelismo entre la interpretación y aplicación del principio de libre establecimiento de personas jurídicas realizada por el Tribunal Europeo y la normativa comunitaria. Quizás la aportación más significativa del Reglamento viene referida al momento del reconocimiento de la SCE por parte del Estado de destino. En este sentido, es cierto que el Reglamento exige que el cambio de sede real lleve aparejado un cambio de sede registral con la exigencia que ello lleva consigo de que la SCE se adapte a la legislación del Estado donde va a operar a partir de ese momento. No obstante, en este proceso de adaptación conviene tener en cuenta que la SCE es un tipo europeo que, aunque reducida, cuenta con una regulación propia que va a mantenerse después del traslado. En este sentido, puede decirse que el campo de actuación de la legislación propia del Estado de destino es más reducido cuando se trata de reconocer un tipo europeo como es la SCE. En este caso, la SCE tan sólo tendrá que adaptarse en aquellos aspectos que deben regularse supletoriamente por cada uno de los Estados Miembros.

Bibliografía

- ÁLBAREZ PÉREZ, M. “Nuevas perspectivas de la libertad de establecimiento en los Estados de la Unión Europea, en particular para las sociedades”, *Noticias UE*, núm. 265, 2007, p. 29 y ss.
- BOULOUKOS, M. “The European Company (SE) as a vehicle for corporate mobility within the EU: a breakthrough in European Corporate Law?”, *European Business Law Review*, núm. 3, 2007, p. 535 y ss.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Notas sobre el traslado internacional de domicilio social de las cooperativas tras la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones de las sociedades mercantiles (STSJE de 16 de diciembre de 2008, caso Cartesio)”, *La Ley*, núm. 7294, 2009.
- EBERT, S. “The European Company on the level playing field of the community”, *European Business Law Review*, núm. 2, 2003, p.183 y ss.
- EDBURY, M. “The European Company statute: a practical working model for the future of European company law making?”, *Common Market Law Review*, núm. 6, 2001, p. 1283 y ss.
- EMBED IRUJO, J.M. “Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al plan de acción”, *Noticias de la UE*, núm. 252, 2006, p. 5 yss.
- ESCUIN IBÁÑEZ, I. “Law applicable to the European Cooperative society established in Spain”, *EFQR*, núm. 1, 2011, p. 30 y ss.
- ESTEBAN VELASCO, G. “El compromiso de Niza: por fin, la sociedad europea”, *RdS*, núm.16, 2001, p. 141 y ss.
- GARCÍA-RIESTRA, M. “The transfer of seat of the European Company versus free establishment case-law”, *European Business Law Review*, núm. 6, 2004, p. 1295 y ss.
- GIRÓN TENA, J. “El Derecho español ante el Derecho comunitario de sociedades”, en AA.VV. *Tratado de Derecho comunitario europeo* (Dir. GARCÍA DE ENTERRÍA, E./GONZÁLEZ CAMPOS, J.D./MUÑOZ MACHADO,S.), Ed. Civitas, Madrid, pág.
- GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976.
- HALBHUBER, H. “National doctrinal structures and European Company Law”, *Common Market Law Review*, núm. 38, 2001, p. 1385 y ss.

- KINDLER, P. "Auf them weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft" *NJW*, núm. 15, 2003, p.1076 y ss.
- KUEHRER, N. "Cross-border company establishment between the UK and Austria", *European Business Law Review*, mayo-junio, 2001, p. 110 y ss.
- LANG / WEIMÜLLER. *Genossenschaftsgesetz Kommentar*, ed. De Gruyter, Berlin, 2006.
- LUTTERMANN, C. "Die europäische Genossenschaft", *ZVglRWiss*, núm 93, 1994, p.
- MARTINEZ RIVAS, F. "Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso Daily Mail al caso Cartesio", *CDT*, núm. 1, 2009, p. 132y ss.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, F.J. "Primera aproximación al estatuto de la sociedad cooperativa europea", *REVESCO*, núm. 80, 2003, p. 61 y ss.
- MENJUCQ, M. "La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en el Derecho comunitario de sociedades", *Noticias UE*, núm. 252, 2006, p. 103 y ss.
- PALAO MORENO, G. "El domicilio de la Sociedad Anónima Europea y su traslado", en AAVV. *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, (dir. Boquera Matarredona, J.), Cizur Menor, 2006, p. 67 y ss.
- PETRONELLA, V. "The cross-border transfer of the seat after Cartesio and the non-portable nationality of the company", *European Business Law Review*, nº 22, 2010, p. 245 y ss.
- RACUGNO, G. "La società cooperativa europea", núm. 1, 2, y 3, *Riv.dir.comm*, 2006,
- RODAS PAREDES, N. *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles*, Granada, 2011.
- SASSO, L. "Societas Europaea: between harmonization and regulatory competition", *European Company Law*, núm. 4, 2007, p.159 y ss.
- SCHULZE, R. / WIESE. M. "Die SCE mit sitz in Deutschland und die Reform des deutschen Genossenschaftsrecht", *ZfgG*, núm. 2, 2006, 108 y ss.
- SIEMS, M. "The impact of the european company (SE) on legal culture", *European Law Review*, núm. 3, 2005, p.
- WYMEERSCH, E. "The transfer of the company seat in European Company Law", *Common Market Law Review*, núm. 3, 2003, p. 661 y ss.
- VELASCO SAN PEDRO, L. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M. "Libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE", *RdS*, núm. 19, 2002, p. 15 y ss.

LOS VALORES SEGÚN LA ALIANZA COOPERATIVA INTERNACIONAL (ACI)

Juan Luis Moreno

Universidad de Buenos Aires

RESUMEN

Este trabajo desarrolla, con apoyo en conceptos de filosofía, un análisis textual de los tres documentos de la ACI que contienen su posición sobre los valores cooperativos. El análisis busca descubrir la concepción de la ACI sobre los valores cooperativos, en particular qué tipo de valor considera que son y qué características les atribuye. Del análisis se concluye que, según la ACI, los valores cooperativos son valores éticos con características de hechos naturales intersubjetivos. También se deduce que la ACI no solamente enuncia situaciones de hecho sino que emplea un lenguaje performativo para modificar la realidad. A la vista de estas conclusiones se formulan algunas propuestas de corrección de los documentos de la ACI sobre valores cooperativos.

PALABRAS CLAVE: Valores cooperativos; Valores de la economía social; Ética; Alianza Cooperativa Internacional.

VALUES ACCORDING TO THE INTERNATIONAL COOPERATIVE ALLIANCE (ICA)**ABSTRACT**

This work contains a textual analysis supported by concepts borrowed from Philosophy performed on three documents of the ICA reflecting its view on the cooperative values. The aim of the analysis is to reveal the ICA's conception on cooperative values, in particular on the type of values they are and their characteristics. The analysis concludes that, according to the ICA, cooperative values are ethical values with the characteristics of intersubjective natural facts. It also reveals that the ICA does not only state fact situations, but it uses performative language to alter reality. In view of these conclusions, I suggest certain amendments to the ICA's documents on cooperative values.

KEY WORDS: Co-operative values; Social economy values; Ethics; International Cooperative Alliance.

SUMARIO

I. Introducción. II. La ACI y el concepto de valor. 2.1 Los documentos de la ACI sobre valores. 2.2 Teoría del valor, tipos de valores y los valores cooperativos como valores éticos. III. El conocimiento de los valores y el lenguaje ético. 3.1 Concepciones meta-éticas. 3.2 Valores, hechos y creencias. 3.3 La percepción de los hechos morales. 3.4 La relación entre los hechos morales y la opinión. IV. El análisis de la postura de la ACI sobre los valores. 4.1 Valores como hechos. 4.2 Conocimiento de los valores por hechos naturales. 4.3 Los valores como opiniones intersubjetivas. 4.4 Hipótesis de postura metaética de la ACI. V. Usos del lenguaje en los documentos de la ACI. 5.1 El lenguaje performativo. 5.2 El papel de la ACI respecto de los valores cooperativos. VI. Conclusiones y propuestas. Bibliografía.

I. Introducción

Las referencias a valores son frecuentes en la literatura sobre economía social. El interés por los valores se vio favorecido por la Declaración Sobre la Identidad Cooperativa de la Alianza Cooperativa Internacional de 1995, donde la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) relacionó los principios cooperativos con los valores¹. Desde la Declaración sobre Identidad Cooperativa, el cooperativismo y, por extensión, la economía social han acudido con frecuencia al concepto de valor como apoyo para argumentar acerca de cuestiones tan dispares como el método de la economía social, la justificación del apoyo a la misma, las características fundamentales y efectos sociales de las entidades de la economía social o la reducción de los costes de transacción en las cooperativas (ver Fici 2014, Carrasco 2007, Nilsson 1996 y Martínez Charterina 1995).

Pese al evidente interés que despiertan los valores, en la economía social el concepto de valor sigue siendo un concepto oscuro que causa imprecisiones y contradicciones. Y aunque el concepto sea muy usado en economía social, no es

1. Antes, autores como Michael P. Trunov, Alex F. Laidlaw, Lars Marcus y Sven Ake Bök habían vinculado ya los conceptos de valor y principio en trabajos preparatorios elaborados para la ACI (Martínez Charterina 1995: 36-42).

analizado con tanta frecuencia. Es posible que el enfoque pragmático de la economía social no contribuya a crear un marco conceptual al que asirse para tratar algo tan intangible como los valores. En cambio, la filosofía sí cuenta con diversas áreas en las que se ha tratado en profundidad el concepto de valor, en especial la teoría de los valores y la metaética.

Por ello, en ausencia de un marco conceptual propio de la economía social, en este trabajo propongo un marco conceptual traído de la filosofía que servirá para examinar los valores y pongo a prueba su utilidad analizando la concepción de los valores que parece sostener la ACI en sus documentos. En todo caso, aunque este trabajo emplee conceptos de filosofía, es un trabajo de economía social y no es ni pretende ser un trabajo de filosofía. Por este motivo he mantenido en el mínimo necesario la terminología técnica propia de la filosofía y he procurado que el texto sea accesible a quienes tengan interés en el concepto de valor cooperativo sin necesidad de adentrarse en las profundidades de la ética.

II. La ACI y el concepto de valor

2.1. Los documentos de la ACI sobre valores

La Declaración Sobre la Identidad Cooperativa aprobada por la Asamblea General de la ACI en el Congreso de Manchester de 1995 se compone de dos documentos: (i) la Declaración Sobre Identidad Cooperativa (en adelante, la Declaración); y (ii) el Informe sobre la declaración de la ACI sobre identidad cooperativa (en adelante, el Informe Analítico)².

La Declaración es breve y contiene la definición de cooperativa, los valores cooperativos y los siete principios cooperativos. El párrafo que dedica a los valores cooperativos es muy escueto y en él la ACI se limita a señalar: “Las cooperativas se basan en los valores de ayuda mutua, responsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad. Siguiendo la tradición de sus fundadores sus miembros creen en los valores éticos de honestidad, transparencia, responsabilidad social y preocupación por los demás.”

2. Disponibles respectivamente en inglés en <http://www.uwcc.wisc.edu/itic/issues/prin/21-cent/identity.html> y en <http://www.uwcc.wisc.edu/itic/issues/prin/21-cent/background.html> Los documentos no están paginados. Las citas textuales son traducciones propias del texto original.

Por su parte, el Informe Analítico es un estudio de la Declaración que analiza con mayor detalle su contenido y dedica un apartado independiente al párrafo de la Declaración sobre los valores cooperativos. Su análisis se divide en dos apartados que corresponden a la primera frase del párrafo y a la segunda frase, dedicadas respectivamente a los valores básicos y a los valores éticos de los fundadores.

Además, el Informe Analítico cita en su apartado sobre valores el trabajo previo coordinado por Sven Ake Böök y titulado *Cooperative Values in a Changing World*³ (en adelante, el Estudio Böök). Según el Informe Analítico, el Estudio Böök (junto con el estudio de Watkins, *Cooperative Principles: Today and Tomorrow*) “proporcionaron en gran medida el contexto teórico del que deriva la Declaración sobre Identidad Cooperativa” y “se recomiendan particularmente a todo el que desee examinar el tema en mayor profundidad” (ACI 1995, Informe Analítico: Second Sentence). En cuanto a su contenido, el Estudio Böök contiene las conclusiones de una amplia consulta sobre los valores cooperativos realizada entre 1990 y 1992 entre los cooperativistas de todo el mundo que fueron presentadas en el Congreso de la ACI celebrado en Tokio en 1992.

En este trabajo determinaré la postura de la ACI sobre los valores según el contenido de los tres documentos anteriores, la Declaración, el Informe Analítico y el Estudio Böök. El texto de los tres documentos permitirá postular la concepción de valor que tiene la ACI y justificarla de acuerdo con el texto de los documentos.

2.2. Teoría del valor, tipos de valores y los valores cooperativos como valores éticos

Para tratar el concepto de valor es conveniente aludir a los juicios de valor. Cuando se elogia o manifiesta preferencia por un objeto, hecho o situación, es posible cuestionar si tal valoración obedece a que el objeto, hecho o situación tiene o se le atribuye cierta característica o cualidades que la representan. La característica que se elogia es lo que se denomina habitualmente valor y los juicios de

3. Disponible en inglés en <http://www.uwcc.wisc.edu/icic/orgs/ica/pubs/studies/Co-operative-Values-in-a-Changing-World-1/index.html> El documento no está paginado. Las citas son traducciones propias del texto original.

valor son manifestaciones que analizan un objeto, hecho o situación en atención a valores que actúan como criterio normativo.

En filosofía, la teoría del valor estudia particularmente los tipos de valores y la metaética estudia los juicios de valor ético (Schroeder 2012; Sayre-McCord 2014). Siguiendo esta distinción, en este apartado examinaré a qué tipo de valor se refiere la ACI cuando habla de valor cooperativo según las clasificaciones de la teoría del valor, y en el siguiente apartado analizaré la postura metaética de la ACI.

La teoría del valor ha prestado gran atención a los juicios de valor relacionados con lo bueno (Schroeder 2012; Moore 1993: 1-4, 53-59; Geach 1956). Por ejemplo, se puede manifestar que algo es bueno en general -“el bienestar es bueno”; que es bueno haber hecho algo -“es bueno que hayas venido”-; que algo es bueno para alguien “dejar de fumar es bueno para ti”; y que algo se considera bueno dentro de la categoría a la que pertenece “es un buen coche” (Schroeder 2012). Sin embargo, en tanto que los valores actúan como criterio normativo, para tratar con precisión estos diferentes usos de “bueno” se necesita determinar en qué ámbito se considera que algo es bueno, es decir, en atención a qué tipo de valores se realiza el juicio de valor. Es diferente afirmar que “es bueno” un cuadro, una persona o una acción deportiva según el significado de bueno en cada ejemplo y, para distinguir entre los diferentes criterios se diferencia entre valores éticos, estéticos, prudenciales, técnicos, etc. Por lo tanto, para comenzar el examen del concepto de valor de la ACI es necesario determinar a qué tipo de valor se refiere la ACI cuando hace referencia a los valores cooperativos.

En general la ACI no encuadra su concepto de valor cooperativo dentro de los diferentes tipos de valores. La Declaración divide entre valores en los que se basan las cooperativas (ayuda mutua, responsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad) y valores éticos de la tradición de los fundadores (honestidad, transparencia, responsabilidad social y preocupación por los demás). Esta formulación califica los valores del segundo grupo como valores éticos, pero no especifica si los del primer grupo también son éticos o pertenecen a otro tipo de valores. Además, la ACI no define valor ético, por lo que para poder determinar si los valores del primer grupo son también valores éticos, en lo sucesivo consideraré que los valores éticos son los relacionados con el bienestar del ser humano (Sinnot Armstrong 2014) y entenderé que los valores cooperativos son valores éticos si se acomodan a esta definición.

Existe un indicio que permite considerar que todos los valores de la ACI son valores éticos, puesto que el Informe Analítico afirma que “la discusión sobre los valores dentro del cooperativismo debe implicar inevitablemente una profunda preocupación por una conducta éticamente apropiada” (ACI 1995, Informe Analítico: Values, The First Sentence, parr. 1). Sin embargo, en tanto que el Informe Analítico no contiene más información, la cuestión no queda completamente aclarada y es preciso, según recomendaba el propio Informe Analítico, acudir al Estudio Böök para obtener información adicional sobre la concepción de los valores cooperativos.

El Estudio Böök dedicó su Capítulo II a los valores cooperativos básicos, donde distingue entre ideas básicas y ética básica⁴. Respecto de los valores cooperativos afirma que los cooperativistas en todo el mundo habían “desarrollado y expresado concepciones sobre lo que es bueno, deseable y merece ser perseguido para mejorar las condiciones de vida humana”, concepciones (*views*) que se entendían como “valores que se han considerado imbricados en el propio concepto de la cooperación” (Böök 1992, Cap. II, ap. 1). En el Estudio Böök los valores cooperativos son por tanto las concepciones de los cooperativistas sobre lo que es bueno para mejorar las condiciones de vida humana. Si se compara esta concepción de valores con la anterior definición de valores éticos como los relacionados con el bienestar del ser humano, resulta claro que todos los valores cooperativos de la Declaración deben ser considerados valores éticos.

Una visión alternativa que ignorara las menciones del Estudio Böök podría defender que los valores cooperativos, al menos los del primer grupo de valores básicos, son valores propios del cooperativismo y determinan que una cooperativa sea buena en tanto que cooperativa. Esta concepción sería equivalente a la de una disciplina deportiva, en donde proclamar que alguien “Es una buena jugadora de X” no contiene una valoración ética sino solamente referida a la forma de desempeñarse en la disciplina X. Sin embargo, esta concepción no ética sino, llamémosla, técnica sería inadecuada para promover las cooperativas argumen-

4. Las ideas básicas fueron definidas como “creencias y convicciones sobre como alcanzar una sociedad mejor y la forma que debería adoptar dicha sociedad” (Böök 1992, Cap. II, ap. 2.1) y, por su parte, la ética básica se concibió como, simultáneamente, “los resultados deseables del proceso de desarrollo cooperativo y las condiciones necesarias para ello” (Böök 1992: Cap II, ap. 2.2). El informe se refiere también dentro de los valores a principios y características básicas que, sin embargo, son más cercanas al concepto actual de principio cooperativo (ver Martínez Charterina 1995, 41-42).

tando que introducen valores deseables en la sociedad, puesto que la consideración de los valores como deseables no emplearía el concepto valor como técnico-cooperativo sino como ético. Es por ello que considero insostenible que para la ACI los valores sean exclusivamente cooperativos o técnico-cooperativos en lugar de éticos.

Por otra parte, del análisis del Estudio Böök se extrae también que la Declaración no enunció el valor cooperativo por excelencia, es decir, las condiciones óptimas de vida humana a cuya consecución deben dirigirse las acciones de los cooperativistas. Si la ACI denomina valores cooperativos a valores considerados deseables por contribuir a mejorar las condiciones de vida humana, para la ACI los valores cooperativos son esencialmente valores instrumentales para la consecución de un valor último constituido por las condiciones óptimas de vida humana. Sin embargo, dicho valor último fue enunciado en el Estudio Böök pero después no se explicitó en los documentos de 1995.

Al existir un valor último, la ética normativa de la ACI (contenido de los valores éticos que determinan pautas para la acción) se asemeja a las posturas éticas utilitaristas. El utilitarismo como postura ética es una postura consecuencialista que atribuye bondad a un acto en función no de sus cualidades intrínsecas sino de sus consecuencias, su finalidad o su adecuación a reglas establecidas para la consecución de los valores perseguidos. El utilitarismo clásico es el representado entre otros por Bentham y Stuart Mill, cuyo utilitarismo de actos situaba el bienestar como consecuencia que debían tener los actos para ser considerados buenos. Se podría dudar si la ACI sostiene un utilitarismo de actos o de reglas por ser los principios cooperativos las guías para ponerlos en práctica. Los principios cooperativos actúan como pautas para poner en práctica los valores y evitar los problemas de cálculo permanente de consecuencias achacados a las posturas consecuencialistas (Pettit 2001: 235-236).

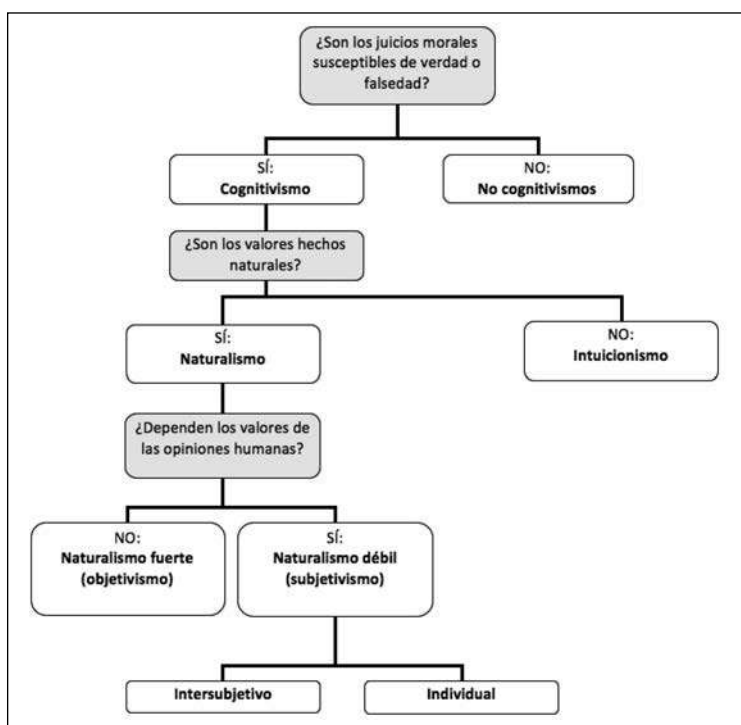
III. El conocimiento de los valores y el lenguaje ético

Postulado que los valores a los que la ACI se refiere son valores éticos, corresponde preguntarse qué características atribuye la ACI a dichos valores éticos. Estas características se pueden determinar examinando los juicios de valor éticos de la ACI o, dicho de otro modo, el lenguaje ético de la ACI, con apoyo en las categorías elaboradas en la metaética.

3.1. Concepciones metaéticas

Para determinar una concepción metaética, un método sencillo es examinar la respuesta a tres preguntas concretas de acuerdo con el esquema siguiente:

Tabla 1.
Concepciones metaéticas (adaptado de Miller 2003:8)



Con la ayuda de este esquema, en este apartado procederé a (i) determinar las características que la ACI atribuye a los valores cooperativos como valores éticos; (ii) clasificar su posición metaética; y (iii) establecer las condiciones que los juicios morales de la ACI deberían cumplir. Para ello atenderé a las tres preguntas del esquema anterior, es decir, “¿Son los juicios morales susceptibles de verdad o falsedad?”; “¿Son los valores hechos naturales?”; y “¿Dependen los valores de las

opiniones humanas?” que revelarán tres aspectos sobre la postura metaética de la ACI.

3.2. Valores, hechos y creencias

Según el esquema propuesto, el primer aspecto a considerar para clasificar la postura metaética subyacente en los documentos de la ACI es si ésta considera que los valores son hechos, lo que daría lugar a que los juicios morales expresasen creencias. Si se sostiene que existen hechos morales y que los juicios morales expresan creencias acerca de dichos hechos, será posible valorar la verdad o falsedad de dichas creencias en atención a hechos morales. Esta valoración será igual que la valoración sobre la verdad o falsedad de una creencia sobre cualquier otro hecho del mundo⁵ (por ejemplo, si creemos que “Es de día”, para valorar si esa creencia es verdadera o falsa deberíamos verificar si el sol ha salido y todavía no se ha puesto). Por el contrario, si se rechaza la existencia de hechos morales no será posible sostener la existencia de creencias susceptibles de verdad o falsedad en relación con la moral. En tal caso, los juicios morales expresarían emociones o deseos no susceptibles de verdad o falsedad⁶.

En atención a esta división según los juicios de valor sean o no considerados creencias, las posturas metaéticas se dividen entre cognitivistas y no cognitivistas⁷. Las cognitivistas consideran que los juicios morales son creencias susceptibles de ser verdaderas o falsas verificando la existencia de valores como hechos morales. Las posturas no cognitivistas consideran por el contrario que los juicios morales no son susceptibles de verdad o falsedad sino que son manifestaciones

5. A los efectos de este trabajo solamente consideraré un concepto de verdad por correspondencia entre las proposiciones y los hechos del mundo. Autores como Dworkin o Atienza mantienen requisitos diferentes para las los juicios de valor en posturas cognitivistas y exigen que los juicios de valor sean justificables de forma racional, sin atender su verdad o falsedad según un concepto de verdad por correspondencia (por ejemplo ver Atienza, M: “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, en prensa en *Ideas y Derecho*. Disponible en <http://dfddip.ua.es/es/documentos/una-filosofia-del-derecho-para-el-mundo-latino-otra-vuelta-de-tuerca.pdf>).

6. La ausencia de valores de verdad en los deseos no implica que las afirmaciones relativas a dicho deseo carezcan de valores de verdad. Por ejemplo “Juan desea que mañana no llueva” sí es susceptible de verdad (Miller 2003: 4).

7. Otros autores como Carlos Nino distinguen entre estas concepciones usando la denominación descriptivistas y no descriptivistas (ver Nino 2003: 355-356 y 363).

de contenido emotivo o prescriptivo que buscan finalidades como la adhesión del oyente o la modificación de su conducta mediante mandatos de contenido moral pero no tienen contenido de verdad por referencia a hechos (Nino 1981: 363-370; Hare 163-172). A efectos de este trabajo, por lo tanto, la postura de la ACI en cuanto a los valores será cognitivista si se puede entender que la ACI considera que los valores cooperativos son hechos.

3.3. Las percepción de los hechos morales

El segundo aspecto que sería necesario determinar para clasificar la concepción metaética de la ACI es de interés solo para las posturas cognitivistas que admiten que los valores son hechos morales. Este aspecto se refiere al modo de conocer la existencia de los hechos morales.

Dentro de las posturas cognitivistas se establece una distinción entre naturalistas y no naturalistas según cómo entiendan que es posible acceder al conocimiento de los hechos morales que hacen verdadero o falso un juicio de valor. La distinción dependería, por ejemplo, de cómo entiende la ACI que es posible conocer el valor solidaridad para verificar si la afirmación “Las cooperativas son solidarias” es verdadera o falsa. Para las concepciones naturalistas, los hechos morales son hechos naturales, entendiendo natural en el sentido de perceptible por los sentidos⁸ y las propiedades morales son idénticas o al menos reducibles a las propiedades naturales. Por el contrario, las concepciones no naturalistas consideran que las propiedades morales no son idénticas o reducibles a las propiedades materiales, sino que son propiedades *sui generis* a cuyo conocimiento es posible acceder mediante razonamientos intuitivos que no harían posible probar la verdad o falsedad de los juicios morales.

3.4. La relación entre los hechos morales y la opinión

Por último, el tercer aspecto a tener en cuenta para clasificar la postura metaética de la ACI es si de acuerdo con su discurso moral los hechos morales son o no independientes de la opinión humana.

8. Uso el término natural con un significado amplio y sin analizar en profundidad en el concepto. La equiparación entre natural y perceptible por los sentidos fue utilizada en primer lugar por Moore, cuyo sentido de natural ha sido equiparado por otros autores a causal y a perteneciente al mundo espaciotemporal (Moore 1903: xxi-xxiii, 13 y 92).

Las posturas naturalistas examinadas se pueden dividir en “naturalistas fuertes” u objetivistas si para ellas los valores son independientes de la opinión que sostengan las personas sobre ellos, y “naturalistas débiles” o subjetivistas si los juicios morales pueden ser verdaderos o falsos dependiendo de la opinión humana. En estas posturas subjetivas, la forma de acceso a los hechos morales es indirecta en tanto que depende de la opinión, y para conocer los valores no se acudiría directamente a hechos del mundo o características objetivas sino a la opinión de la persona o colectivo, de manera que las propiedades morales no residirían en los objetos sino que serían atributos que los seres humanos incorporaríamos en nuestro discurso moral.

Dentro del “naturalismo débil” se realiza una distinción adicional entre una vertiente individual y otra intersubjetiva o colectiva. Tal diferenciación depende de si la verdad o falsedad de los juicios morales se verifica con referencia a una opinión individual o colectiva. Las posturas subjetivas individuales atienden a la opinión particular de cada individuo. Las posturas intersubjetivas, sin embargo, atienden a opiniones compartidas dominantes que constituyen consensos. Estas posturas intersubjetivas se pueden entender haciendo un paralelismo con instituciones sociales como el dinero o el matrimonio. El valor económico del dinero o el vínculo matrimonial existen por un consenso social al respecto, no por características naturales de los cónyuges o del papel de un billete, de manera que en ausencia del consenso social sobre la institución no sería posible decir que dos personas son un matrimonio o que un trozo de papel es dinero.

IV. El análisis de la postura de la ACI sobre los valores

Examinadas las diferentes posturas metaéticas, analizaré si los documentos de la ACI tratan los valores como hechos, si entienden posible conocer los valores por hechos naturales y, finalmente, si los hechos morales se consideran independientes de la opinión humana. Estas tres cuestiones permitirán determinar la posición metaética de la ACI.

4.1. Valores como hechos

En el esquema, la primera pregunta relevante para determinar la posición metaética de la ACI es “¿Son los juicios morales susceptibles de verdad o falsedad?”.

La respuesta aclarará si en el discurso ético de la ACI los juicios sobre valores constituyen creencias susceptibles de ser verdaderas o falsas. La postura de la ACI será cognitivista si, en su discurso ético, resulta congruente sostener que la afirmación “Las cooperativas son solidarias” es verdadera. Esta afirmación sería verdadera si existiera un hecho moral que se correspondiese con el valor solidaridad y una propiedad que perteneciese a las cooperativas y que instanciara la solidaridad en las cooperativas. Si por el contrario para la ACI los valores no son hechos, su postura sería no cognitivista y, por lo tanto, en el lenguaje moral de la ACI no sería posible afirmar que el enunciado “Las cooperativas son solidarias” es verdadero ni tampoco falso.

El enunciado de la Declaración solamente permite responder a la pregunta respecto del segundo grupo de valores, los valores éticos vinculados a la tradición de los fundadores. La Declaración afirma: “Siguiendo la tradición de sus fundadores, sus miembros creen en los valores éticos de honestidad, transparencia, responsabilidad social y preocupación por los demás”, esto es, manifiesta que los miembros de las cooperativas (i) creen que ciertos valores existen; y (ii) consideran que su creencia es verdadera. La postura de la ACI sería por lo tanto cognitivista respecto de los valores éticos de los fundadores, puesto que si los cooperativistas pueden tener una creencia verdadera relativa a la existencia de ciertos valores, tales valores deberán ser hechos cuya existencia la haga verdadera. El Informe Analítico confirma esta consideración respecto del valor “honestidad” de la originaria cooperativa de Rochdale, al afirmar que la honestidad se manifestaba mediante ciertas pautas, concretamente en el “uso de medidas correctas, productos de alta calidad y precios justos” (ACI 1995: Informe Analítico, “Values-Second Sentence”, parr. 4). De acuerdo con el Informe Analítico, podría formularse el siguiente juicio de valor: “La cooperativa X es honesta” y tal afirmación sería verdadera si sus medidas son correctas, sus productos de alta calidad y sus precios justos. En tanto que para considerar que el juicio de valor es verdadero debe entenderse que el valor honestidad es un hecho moral, la postura de la ACI respecto del valor honestidad sería también cognitivista.

En cuanto al primer grupo de valores del que la Declaración no aportaba información suficiente, el Informe Analítico permite responder a la pregunta formulada. El Informe Analítico ofrece ciertas pautas para determinar si la actuación de los cooperativistas es o no conforme con este primer grupo de valores cooperativos (ACI 1995, Informe Analítico, “Values - The first sentence”), por ejemplo:

* La ayuda mutua se vincula al “incremento de la influencia colectiva en los mercados y ante los gobiernos” y al “fomento de la constante formación y desarrollo de los implicados”;

* La responsabilidad se vincula con “asumir responsabilidad por la creación y vitalidad constante” de la cooperativa y “permanecer independiente de otras organizaciones públicas o privadas”;

* La igualdad, con los derechos a “ser informado, ser oído y ser involucrado en la toma de decisiones”;

* La equidad, con el “trato equitativo” en la retribución, aludiendo a “dividendos, aportaciones a reservas de capital en su nombre o reducción en obligaciones”; y

* La solidaridad, con un trato a los miembros “tan justo como sea posible”, con “tener siempre presente el interés general”, con “el esfuerzo constante para tratar de forma justa a los trabajadores” y a “los no socios asociados”, con “permanecer juntos”, “aspirar a la creación de un movimiento cooperativo unido” y cooperar para “proporcionar a los socios bienes y servicios de la mejor calidad y a los precios más bajos”, y con “presentarse en común de cara al público y a los gobiernos”.

La existencia de estas pautas revela que la postura de la ACI es también cognitivista respecto del primer grupo de valores cooperativos, los valores básicos, puesto que el cumplimiento de las pautas relativas a un valor determinado, por ejemplo solidaridad, permitiría que ante la pregunta “¿Es la cooperativa X solidaria?” se respondiera afirmativa o negativamente según se hayan cumplido o no las pautas. Al admitir que un enunciado sobre los valores es susceptible de verdad o falsedad, la ACI concebiría también los valores básicos como hechos y los enunciados sobre los mismos como creencias que pueden ser verdaderas o falsas.

En resumen, según lo expuesto la ACI considera que ambos tipos de valores cooperativos son hechos, por lo que su concepción metaética está dentro de las concepciones cognitivistas que sostienen la existencia de hechos morales y el contenido de verdad de los juicios de valor.

4.2. Conocimiento de los valores por hechos naturales

Si la concepción metaética de la ACI es cognitivista, es necesario responder a la segunda pregunta, “¿Son los valores hechos naturales?”. La respuesta revelará si la ACI considera que la existencia de los hechos morales es comprobable con

los mismos mecanismos que los hechos naturales perceptibles por los sentidos (postura naturalista) o si, por el contrario, su posición es que los hechos morales no son hechos naturales perceptibles por los sentidos (postura no naturalista). Aunque en el apartado anterior se han apuntado ciertas características del discurso de la ACI que pueden ayudar a resolver esta disyuntiva, en este apartado se concretará la respuesta.

La Declaración de 1995 enumera los valores contenidos en los dos grupos de valores cooperativos. Algunos de estos valores -por ejemplo, la ayuda mutua o la democracia- tienen características que permiten comprobar su existencia con datos percibidos a través de la observación, sin necesidad de pautas adicionales u otras indicaciones. Ello permite postular que la postura de la ACI es naturalista. En el Informe Analítico y en el Estudio Böök existen más menciones que confirman que la posición de la ACI es naturalista. Ya he mencionado en el anterior apartado que el Informe Analítico vincula la verificación de valores éticos cooperativos a determinadas formas de actuación, de modo que la percepción por los sentidos del cumplimiento de dichas pautas permitiría comprobar la verdad o falsedad de un juicio de valor. El Estudio Böök realiza una argumentación similar y afirma que los valores éticos y morales cooperativos son “los que se encuentran en y definen a los verdaderos cooperadores” (Böök 1992: Cap. II, ap. 2.2)⁹, de manera que se podría saber si “X es un valor cooperativo” comprobando las características de los verdaderos cooperadores y determinando si algunas de tales características representan el valor X. Aunque la pauta del Estudio Böök no sea clara por hacer referencia a cualidades personales indeterminadas, también relaciona conductas verificables empíricamente con la comprobación de que un juicio de valor es verdadero.

De acuerdo con los tres documentos se puede por tanto afirmar que la posición de la ACI es una postura naturalista que concibe los hechos morales como hechos con características naturales perceptibles por los sentidos, sea directamente o por mecanismos de reducción como las conductas humanas que manifiestan los valores.

9. La definición del Estudio Böök es circular porque no permite especificar si los valores cooperativos se definen por ser los valores de los verdaderos cooperadores o si, por el contrario, ciertas personas pueden ser consideradas verdaderos cooperadores por tener valores determinados.

4.3. Valores como opiniones intersubjetivas

En tanto que la respuesta a la segunda pregunta también era afirmativa, queda por último responder a la última pregunta, “¿Dependen los valores de las opiniones humanas?”. Si de acuerdo con la ACI los valores son independientes de la opinión que se tenga sobre ellos, se podrá clasificar la postura de la ACI como una postura objetivista. Si por el contrario los valores varían de acuerdo con la opinión de un colectivo humano en un determinado tiempo y lugar, o incluso la de personas individualmente consideradas, se podrá considerar que la ACI sostiene una postura naturalista débil, esto es, subjetivista, ya sea individual o intersubjetivista.

Tanto la Declaración de la ACI como el Informe Analítico y el Estudio Böök ofrecen razones para considerar que el concepto de valor de la ACI es un concepto vinculado a la opinión humana colectiva de los cooperativistas. Es decir, para la ACI el concepto de valor sería intersubjetivo.

La Declaración de 1995 relaciona los valores con un ámbito subjetivo: del primer grupo afirma que “Las cooperativas se basan en los valores de ayuda mutua, responsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad”. Estos valores se relacionan solo con las cooperativas, es decir, no se proclaman como valores sostenidos universalmente. En cuanto al segundo grupo, la ACI afirma que “(...) sus miembros creen en los valores éticos de honestidad, transparencia, responsabilidad social y preocupación por los demás”. Los valores se formulan como el contenido de una creencia de los miembros de las cooperativas, pero no se defiende tampoco su universalidad. La Declaración por tanto no se pronuncia sobre la existencia de valores fuera del cooperativismo. Este tipo de lenguaje ético sería congruente con una visión intersubjetiva de los valores.

Por su parte, el preámbulo del Informe Analítico vincula los valores éticos a las empresas cooperativas. “[H]onestidad, transparencia, responsabilidad social y preocupación por los demás son valores que pueden encontrarse en toda clase de organizaciones, pero son particularmente verdaderos e innegables entre las empresas cooperativas” (ACI 1995: Informe Analítico, “Preamble”, parr. 7). Esta mención sugiere una restricción subjetiva de los valores, pues afirma que las cooperativas consideran que ciertos valores éticos se vinculan necesariamente a las cooperativas mientras que en otras entidades no se consideran necesarios. Al vincularse los valores cooperativos con las cooperativas, los valores cooperativos parecen concebirse en el Informe Analítico como hechos morales circunscritos a una colectividad como son las personas participantes en empresas cooperativas.

Finalmente, la concepción intersubjetiva resulta apoyada también por el Estudio Böök. En éste, aunque se manifiesta que las concepciones de los cooperadores “han sido de aplicación a la sociedades cooperativas individuales, a la comunidad y, en última instancia, a toda la humanidad” (Böök 1992, Cap. II, secc. 1, 2º parr.), se reconoce que “la pregunta acerca de la generalidad y universalidad en perspectivas globales: [es] casi imposible de gestionar, en tanto que las prácticas y experiencias, según señalado, se están volviendo ciertamente diversificadas” (Böök 1992: Author’s Preface). Esta tensión entre universalidad y experiencias subjetivas parece indicar que, aunque el autor se sentiría cómodo con una concepción puramente objetiva, reconoce una cierta variedad en la concepción de los valores entre diferentes colectivos que le mueven a abrazar una postura subjetivista de ámbito colectivo. Esta postura es coherente también con el Capítulo VII del Estudio Böök (en particular, la sección 2ª), donde se describe la labor de consulta desarrollada para identificar los valores que el colectivo de cooperativistas ha sostenido tradicionalmente. Al reconocer que el documento señala como valores aquellos que los cooperativistas han opinado que son valores de las cooperativas, el Estudio Böök vincula los valores a la opinión colectiva de los cooperativistas, es decir, los concibe como valores intersubjetivos.

En definitiva, la postura metaética sostenida por la ACI es una postura naturalista débil, intersubjetivista, que atiende a la opinión colectiva de los cooperativistas para conocer los valores cooperativos y su contenido.

4.4. Hipótesis de postura metaética de la ACI

De acuerdo con los textos examinados la postura metaética de la ACI es una postura cognitivista, naturalista e intersubjetivista. La ACI formula juicios relativos a valores éticos entendidos como hechos cuyas condiciones de verdad se verifican en atención a propiedades naturales que se pueden conocer por los sentidos y que son hechos sociales. La postura reduccionista de Railton o constructivistas reduccionistas de Jackson y Pettit se asemejan a la postura metaética de la ACI. Por ejemplo, según la postura de Railton el hecho moral no se identifica exactamente con la existencia de propiedades naturales (entendido como hechos complejos) sino que es preciso revisar el entendimiento subjetivo del hecho moral determinado por la persona que emita el juicio para que el juicio coincida con la existencia de tales propiedades, como explicación a posteriori y desde un punto de vista colectivo o social (Miller 2003: 182 y ss). Esta postura permitiría compa-

ginar las referencias de la ACI a prácticas que exteriorizan el cumplimiento de los valores con las menciones a la comprensión subjetiva de dichos hechos por los cooperativistas.

Al cooperativismo le podría resultar contraintuitiva la afirmación de que la postura de la ACI es intersubjetiva o subjetivista colectiva, pero resulta difícil extraer una conclusión distinta de su lenguaje moral. Manifestar que la solidaridad es un valor no es igual a manifestar que un grupo de personas considera que la solidaridad es un valor de su grupo. El primer caso no limita el ámbito del valor, por lo que resulta objetivo y universalizable. En el segundo, se vincula el valor a las personas que lo consideran como tal, por lo que es subjetivo. En cuanto a la extensión del conjunto de personas, no es igual desarrollar una consulta universal acerca de valores éticos que hacerla solamente entre los cooperativistas. En el primer caso se podría afirmar la extensión universal de ciertos valores, mientras que en el segundo caso no sería posible afirmar nada más allá del conjunto consultado.

Por último quedaría examinar si el tratamiento dispensado por la ACI a los valores mediatos proclamados en la Declaración de 1995 es coherente con el tratamiento del valor último identificado en el Estudio Böök, esto es, las condiciones óptimas de vida humana. El tratamiento del valor último de mejora de las condiciones de vida humana debería realizarse en los mismos términos que el resto de valores (cognitivista, naturalista y subjetivista colectivo). Sin embargo, el Estudio Böök no proporciona información suficiente para determinar la postura metaética en cuanto al valor último, por lo que no es posible dar una respuesta.

V. Usos del lenguaje en los documentos de la ACI

5.1. El lenguaje performativo

Existe un último aspecto a tener en cuenta al analizar la posición de la ACI sobre los valores. Este aspecto tiene importancia para determinar la participación de la ACI en el surgimiento de los valores y no pertenece a la teoría del valor ni a la metaética sino a la teoría del lenguaje. Me refiero a la diferencia entre los enunciados descriptivos y los enunciados performativos.

En la teoría del lenguaje se diferencian varios usos del lenguaje. Frente a los enunciados descriptivos que transmiten creencias relativas a hechos y son susceptibles de verdad o falsedad, Austin introdujo el concepto de enunciados *perfor-*

mativos. Los enunciados performativos son enunciados ni verdaderos ni falsos en los que realizar el enunciado constituye una acción que no sería descrita normalmente como decir algo (Austin 1962:5). Ejemplos habituales de enunciados performativos son los enunciados “Prometo” o “Yo os declaro marido y mujer”, mediante los cuales se lleva a cabo una acción. Al pronunciar ciertas palabras se modifica el mundo, no se describe.

En la medida que la posición de la ACI respecto de los valores se contiene en un documento autodenominado “declaración”, podría dudarse de si la ACI se limita a informar de la existencia de ciertos valores (función descriptiva) o si, por el contrario, su declaración tiene como finalidad constituir una nueva situación en el mundo, en este caso la existencia de valores cooperativos (función performativa). Es decir, se podría cuestionar si la ACI se arroga una voluntad normativa en su Declaración sobre la Identidad Cooperativa por pretender armonizar los valores que deben ser considerados valores cooperativos en el futuro de acuerdo con los valores que los cooperativistas sostienen.

En el caso de que la ACI se hubiera limitado a informar sobre la existencia de los valores, su papel se limitaría a constatar su existencia. Por el contrario, si la ACI hubiera establecido que los valores cooperativos son unos a partir de la Declaración, estaría desarrollando una actividad prescriptiva porque habría modificado el mundo al crear ciertos valores y, además, habría dirigido un mandato a los receptores de la Declaración para emplear esos valores como marco normativo. En todo caso, esta diferenciación no es radical. Un mismo texto puede emplear lenguaje descriptivo como justificación de la función performativa. Por ejemplo, es frecuente que el preámbulo de una ley describa situaciones que aconsejan la promulgación de la norma que se aprueba. Asimismo, es posible declarar que dos personas pasan a ser un matrimonio porque existe una práctica social anterior.

5.2. El papel de la ACI respecto de los valores cooperativos

De primeras, la Declaración, el Informe Analítico y el Estudio Böök no explicitan la intención de la ACI de crear valores *ex novo*. Podría parecer que la ACI se limita a reconocer los resultados de un proceso de consulta y que, por lo tanto, no manifiesta su voluntad de crear unos valores éticos sino de comunicar las conclusiones de la investigación entre los cooperativistas acerca de sus valores éticos.

No obstante, pese a esta apariencia la ACI sí emplea lenguaje performativo aunque lo sustenta y justifica en los valores intersubjetivos que ya existen en el cooperativismo. La existencia de valores éticos según la postura metaética de la ACI depende de las opiniones de los cooperativistas, no de la voluntad de la ACI. Sin embargo, la ACI no solamente refleja el resultado de la consulta sino que selecciona algunos de los valores intersubjetivos presentes en el cooperativismo y los eleva a la categoría de valores cooperativos al incluirlos en la Declaración Sobre Identidad Cooperativa. Esta actuación de la ACI modifica el estado del mundo.

Es por ello que la ACI tiene también una voluntad prescriptiva con la que mediante la Declaración “performa” los valores cooperativos y la cooperativa éticamente ideal. La ACI constituye como valores cooperativos unos valores intersubjetivos ya compartidos en el cooperativismo y los establece como valores para guiar el futuro del movimiento cooperativo y como marco normativo que permita evaluar éticamente las cooperativas. En los documentos de la ACI conviven por tanto las funciones descriptiva y performativa, y la ACI no actúa solamente como verificadora de la existencia de ciertos valores entre los cooperativistas sino que establece los valores cooperativos como valores vigentes desde ese momento.

VI. Conclusiones y propuestas

Qué sea bueno, la naturaleza de los valores éticos y las complejidades del discurso moral son temas ampliamente estudiados desde la filosofía por autores especializados en el análisis de conceptos éticos. Los estudios sobre los valores cooperativos pueden beneficiarse mucho de los avances realizados fuera de la economía social.

El análisis de los textos de la ACI a la luz de conceptos de filosofía permite dilucidar los puntos fundamentales de la concepción que sostiene la ACI: los valores cooperativos son valores éticos que contribuyen a alcanzar el valor de las condiciones óptimas de vida humana y se entienden como hechos del mundo cuya existencia depende de la opinión intersubjetiva de los cooperativistas y que se pueden verificar acudiendo a hechos complejos como prácticas sociales. En terminología metaética, la ACI sostiene una concepción de los valores cognitivista, naturalista e intersubjetiva. En cuanto a su ética normativa, la ACI es utilitarista y entiende los valores cooperativos como medios para alcanzar un valor último, condiciones óptimas de vida humana.

Los textos examinados también permiten llevar a cabo un análisis crítico del discurso moral de la ACI. En tanto que el cooperativismo y la economía social vuelven la vista hacia los valores a menudo, es útil contar con herramientas para tratar los valores adecuadamente y que no sean un arma de doble filo. Por ello a la vista de concepción de la ACI sobre los valores entiendo necesario hacer propuestas de corrección, puesto que si la ACI logra emplear un lenguaje moral preciso y completo revelará un compromiso con una postura ética definida, defendible con consciencia de sus debilidades y fortalezas, y evitará caer en declaraciones vagas.

Así, para concluir, propongo que los documentos sobre valores cooperativos de la ACI expliciten su posición sobre los valores cooperativos y revisen la coherencia interna de los documentos con tal posición, lo cual implicaría declarar la postura utilitarista seguida y proclamar con claridad que las condiciones óptimas de vida humana son el valor último perseguido y que sus características son iguales al resto de valores. Una vez declarada su postura, la ACI debería eliminar la distinción entre valores básicos y valores éticos introducida por Marcus en 1988 (Martínez Charterina 1995: 40) en tanto que es innecesaria porque todos los valores cooperativos son valores éticos, y prescindir de alusiones que puedan confundir como la mención a la universalidad de los valores que puede crear la falsa percepción de que se sostiene una posición objetiva. Además, para que la postura ética de la ACI fuera más útil como pauta de conducta, la ACI debería también precisar con más extensión las pautas que reflejan el respeto por los valores cooperativos y eliminar circularidades como usar el concepto de honestidad para aludir a un valor y para aludir a los hechos que manifiestan la satisfacción de dicho valor. Todas estas mejoras darían más coherencia a la ética común que aglutina al movimiento cooperativo y reforzarían la fuerza moral del cooperativismo, que es sin duda uno de sus mayores activos.

Bibliografía

- Alianza Cooperativa Internacional: *Declaration on Cooperative Identity*, Manchester, 1995. Disponible en <http://www.uwcc.wisc.edu/icic/def-hist/gen-info/1995-Revision-of-Co-operative-Principles1/Cooperative-Principles-for-the-21st-Cent1/index.html> [consultado el 24/10/2014]
- Austin, J.L.: *How to Do Things with Words. The William James Lectures Delivered at Harvard University in 1955*, Oxford University Press, Oxford, 1962.
- Böök, S.A.: *Co-Operative Values in a Changing World: Report to the ICA Congress*, Tokyo, 1992. Disponible en <http://www.uwcc.wisc.edu/icic/orgs/ica/pubs/studies/Co-operative-Values-in-a-Changing-World-1/> [consultado el 24/10/2014]
- Carrasco, I.: “Corporate Social Responsibility, Values, and Cooperation”, *International Advances in Economic Research* nº 13 (4), 2007, pp. 454-460.
- Fici, A.: “Valores Cooperativos, Derecho Cooperativo y Jóvenes”, *Deusto Estudios Cooperativos*, nº 4, 2014, pp. 83-95.
- Geach, P.T.: “Good and Evil”, *Analysis*, nº 17 (2), 1956, pp. 33-42.
- Hare, R.M.: *The Language of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1952.
- Martínez Charterina, A.: “Los Valores Y Los Principios Cooperativos”, *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, nº 61, 1995, pp. 35-46.
- Miller, A.: *An Introduction to Contemporary Metaethics*, Blackwell, Oxford, 2003.
- Moore, G.E.: *Principia Ethica*, Cambridge University Press, Cambridge, 2ª ed. 1993 (reimp.).
- Nilsson, J.: “The Nature of Cooperative Values and Principles”, *Annals of Public and Cooperative Economics*, nº 67 (4), 1996, pp. 633-653.
- Nino, C.S.: *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2ª ed. 1980.
- Pettit, P.: “Consequentialism”, en *A Companion to Ethics*, Blackwell Publishing, Oxford, 2001 (reimp.), pp. 230 - 240.
- Sayre-McCord, G.: “Metaethics”, en Zalta, E.N. (ed.): *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, The Metaphysics Research Lab-CSLI, Stanford University, Stanford, Edición 2014. Disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/metaethics/> [consultado el 24/10/2014].

- Schroeder, M.: “Value Theory”, en Zalta, E.N. (ed.): *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, The Metaphysics Research Lab-CSLI, Stanford University, Stanford, Edición 2012. Disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/value-theory/> [consultado el 24/10/2014].
- Sinnott-Armstrong, W.: “Consequentialism”, en Zalta, E.N. (ed.): *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. The Metaphysics Research Lab-CSLI, Stanford University, Stanford, Edición 2014. Disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/consequentialism/> [consultado el 24/10/2014].

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL OCTUBRE 2013-OCTUBRE 2014

Jesús Olavarría Iglesia

Profesor Titular del Departamento de Derecho Mercantil

“Manuel Broseta Pont”

Investigador del IUDESCOOP

Universitat de València

** Índice sistemático*

I. Cooperativas

II. Mutualidades de Previsión Social y Mutuas de Seguros

III. Asociaciones

IV. Fundaciones

** Índice cronológico*

ÍNDICE SISTEMÁTICO

I. COOPERATIVAS

NATURALEZA LEGISLACIÓN COOPERATIVA

* *Auto de 21 de enero de 2014 (Civil) (JUR 2014\27533)*

* *Auto de 4 de marzo de 2014 (Civil) (JUR 2014\95909)*

Las infracciones de preceptos de la Ley 5/1998, de Cooperativas de Galicia, son infracciones del Derecho civil especial propio de dicha Comunidad Autónoma. Competencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia para conocer recurso de casación 403

* *STS de 1 de julio de 2014 (Cont.-Admvo.) (RJ 2014\3659)*

Para determinar de en qué supuestos procede el enjuiciamiento de las resoluciones del Registro de Cooperativas de Euskadi ante la jurisdicción civil o ante la contencioso-administrativa, hay que estar a la naturaleza de la actuación del Registro y a la legislación que proceda aplicarle. En el caso, recurso contra una resolución administrativa que deniega la inscripción en el Registro de Cooperativas de la escritura pública de reactivación de una cooperativa, la competencia jurisdiccional es la civil puesto que es el derecho privado el que regula el nacimiento y pervivencia de la cooperativa, y aunque, el acto de inscripción en el Registro de estos actos corresponde a un órgano administrativo, su actuación calificadora no está sujeta al derecho administrativo, no porque lo ordene la Ley Vasca, sino por aplicación de lo dispuesto en los artículos 9.4 de la Ley LOPJ y el 1.1 de la LJCA 455

CAPITAL SOCIAL

* *STS de 6 de febrero de 2014 (Civil) (RJ 2014\1313)*

Los principios que informan el régimen económico de las sociedades cooperativas son muy diferentes a los que informan las sociedades de capital: el capital social tiene en la sociedad cooperativa una función muy diferente a la que tiene en la sociedad de capital Baja de socio: criterios para determinar el reembolso de las aportaciones al socio que se da de baja. Los socios en caso de baja no tienen derecho a un «valor razonable» de su participación en el capital social, sino al reembolso conforme al valor que tengan en el balance del ejercicio de la baja en la cooperativa..... 420

SOCIOS

* *Auto TS de 11 de febrero de 2014 (Civil) (JUR 2014\53518)*

Condena a cooperativa al pago de cantidad derivada de un préstamo entre el actor cooperativista contra la cooperativa demandada, el TS inadmite del recurso de casación interpuesto por la cooperativa en que, entre otros motivos se alegaba la jurisprudencia de que "...los socios cooperativistas no pueden ser considerados como terceros frente a los actos y contratos realizados en nombre de la Cooperativa...", y que los socios en general (la cooperativa) no han sido capaces, o las circunstancias no les han permitido, generar la liquidez necesaria para poder hacer efectivo ese crédito, no se puede entender a la cooperativa como ente abstracto sino como la suma de las necesidades comunes de todos los socios 432

BAJA DE SOCIOS

* *STS de 18 de diciembre de 2013 (Cont.-Admvo) (RJ 2014\278)*

Régimen fiscal. Impuesto de sociedades: ejercicios 1999, 2000, 2001. Requisitos de exclusión del régimen de incrementos patrimoniales de las aportaciones obligatorias efectuadas por los socios en los supuestos de baja en la cooperativa..... 408

* *STS de 6 de febrero de 2014 (Civil) (RJ 2014\1313)*

Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha. Baja de socio: criterios para determinar el reembolso de las aportaciones al socio que se da de baja. Deducción de pérdidas imputables al socio en el reembolso de las aportaciones sociales: a los socios que se dan de baja debe aplicarse un criterio de liquidación y no de empresa en funcionamiento. Improcedencia de la deducción por inversiones no amortizadas o pendientes de pago. Función del capital social en las cooperativas
Los principios que informan el régimen económico de las sociedades cooperativas son muy diferentes a los que informan las sociedades de capital: el capital social tiene en la sociedad cooperativa una función muy diferente a la que tiene en la sociedad de capital Los socios en caso de baja no tienen derecho a un «valor razonable» de su participación en el capital social, sino al reembolso conforme al valor que tengan en el balance del ejercicio de la baja en la cooperativa 420

EXCLUSIÓN DE SOCIOS

* *STS de 24 de febrero de 2014 (Civil) (RJ 2014\1154)*

Caducidad de la impugnación de acuerdo de exclusión de socios: vencimiento del plazo de un año a contar desde la fecha del acuerdo 435

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

* STS de 12 de junio de 2014 (Civil) (RJ 2014\3718)

Nulidad acuerdos del consejo rector de una cooperativa ganadera, sometida a la Ley 4/2002 de Cooperativas de Castilla y León, por los que se sancionaba con una indemnización de daños y perjuicios a dos socios que habían incumplido la obligación de sacrificar sus animales exclusivamente en el matadero de la cooperativa, y les privaba de recurrir tal decisión ante la asamblea general. La citada obligación venía impuesta en los estatutos y en un contrato concertado entre la cooperativa y sus socios, en el que además se contemplaba una cláusula penal (indemnización de daños y perjuicios) para el caso de su incumplimiento, diversa de la prevista en los estatutos. El acuerdo del Consejo Rector tiene naturaleza sancionatoria. El contrato particular puede concretar la obligación del socio, pero deben seguirse los trámites de todo expediente sancionador y contra la resolución motivada se podrá interponer recurso ante la Asamblea General. Al no haberse realizado ninguno de estos trámites procede la declaración de nulidad de los acuerdos..... 447

ÓRGANOS SOCIALES / CONSEJO RECTOR

* STS de 29 de octubre de 2014 (Penal) (Roj: STS 5247\2013)

Cooperativa de viviendas. Responsabilidad penal de Presidente, Vicepresidente y Secretario de Cooperativa de Viviendas. Apropiación indebida de cantidades 405

* STS de 28 de enero (Penal) (RJ 2014\795)

Cooperativa del campo con sección de crédito. Responsabilidad penal Consejero delegado-gerente. Consejero delegado de una cooperativa del campo con sección de crédito que actuaba también como gerente de la cooperativa, con amplios poderes y sin un verdadero control por parte de los miembros del Consejo Rector ni del Consejo de Vigilancia, y que en diversas ocasiones retiró importantes cantidades de dinero, hasta alcanzar varios millones de euros, de la cuenta corriente de la Cooperativa, en la que figuraban los depósitos de numerosos cooperativistas. Condena por los delitos de administración desleal y falsedad contable..... 411

* STS de 5 de junio de 2014 (Penal) (RJ 2014\3913)

Responsabilidad penal de Presidente y Vicesecretario de cooperativa. Delito de administración desleal del presidente. Delito de falsedades: certificaciones suscritas por el secretario de la cooperativa y el presidente 440

REACTIVACIÓN DE COOPERATIVA

** STS de 1 de julio de 2014 (Cont.-Admvo.) (RJ 2014\3659)*

Para determinar en qué supuestos procede el enjuiciamiento de las resoluciones del Registro de Cooperativas de Euskadi ante la jurisdicción civil o ante la contencioso-administrativa, hay que estar a la naturaleza de la actuación del Registro y a la legislación que proceda aplicarle. En el caso, recurso contra una resolución administrativa que deniega la inscripción en el Registro de Cooperativas de la escritura pública de reactivación de una cooperativa, la competencia jurisdiccional es la civil puesto que es el derecho privado el que regula el nacimiento y pervivencia de la cooperativa, y aunque, el acto de inscripción en el Registro de estos actos corresponde a un órgano administrativo, su actuación calificadora no está sujeta al derecho administrativo, no porque lo ordene la Ley Vasca , sino por aplicación de lo dispuesto en los artículos 9.4 de la Ley LOPJ y el 1.1 de la LJCA 455

REGISTRO DE COOPERATIVAS

** STS de 1 de julio de 2014 (Cont.-Admvo.) (RJ 2014\3659)*

Para determinar en qué supuestos procede el enjuiciamiento de las resoluciones del Registro de Cooperativas de Euskadi ante la jurisdicción civil o ante la contencioso-administrativa, hay que estar a la naturaleza de la actuación del Registro y a la legislación que proceda aplicarle. En el caso, recurso contra una resolución administrativa que deniega la inscripción en el Registro de Cooperativas de la escritura pública de reactivación de una cooperativa, la competencia jurisdiccional es la civil puesto que es el derecho privado el que regula el nacimiento y pervivencia de la cooperativa, y aunque, el acto de inscripción en el Registro de estos actos corresponde a un órgano administrativo, su actuación calificadora no está sujeta al derecho administrativo, no porque lo ordene la Ley Vasca , sino por aplicación de lo dispuesto en los artículos 9.4 de la Ley LOPJ y el 1.1 de la LJCA 455

COOPERATIVA AGRARIAS Y GANADERAS

** STS de 28 de enero de 2014 (Penal) (RJ 2014\795)*

Cooperativa del campo con sección de crédito. Responsabilidad penal Consejero delegado-gerente. Consejero delegado de una cooperativa del campo con sección de crédito que actuaba también como gerente de la cooperativa, con amplios poderes y sin un verdadero control por parte de los miembros del Consejo Rector ni del Consejo de Vigilancia, y que en diversas ocasiones retiró importantes cantidades de dinero, hasta alcanzar varios millones de euros, de la cuenta corriente de la Cooperativa, en la que figuraban los depósitos de numerosos cooperativistas. Condena por los delitos de administración desleal y falsedad contable..... 411

* *STS de 12 de junio de 2014 (Civil) (RJ 2014\3718)*
Nulidad acuerdos del consejo rector de una cooperativa ganadera, sometida a la Ley 4/2002 de Cooperativas de Castilla y León, por los que se sancionaba con una indemnización de daños y perjuicios a dos socios que habían incumplido la obligación de sacrificar sus animales exclusivamente en el matadero de la cooperativa, y les privaba de recurrir tal decisión ante la asamblea general. La citada obligación venía impuesta en los estatutos y en un contrato concertado entre la cooperativa y sus socios, en el que además se contemplaba una cláusula penal (indemnización de daños y perjuicios) para el caso de su incumplimiento, diversa de la prevista en los estatutos. El acuerdo del Consejo Rector tiene naturaleza sancionatoria. El contrato particular puede concretar la obligación del socio, pero deben seguirse los trámites de todo expediente sancionador y contra la resolución motivada se podrá interponer recurso ante la Asamblea General. Al no haberse realizado ninguno de estos trámites procede la declaración de nulidad de los acuerdos..... 447

* *STS de 23 junio 2014 (Cont.-Admvo.) (RJ 2014\3482)*
Nulidad de la Orden Ministerial ARM/1513/2010 por la que se convoca la concesión de subvenciones de los fondos procedentes de la modulación para la realización de actuaciones de apoyo a los seguros agrarios durante el año 2010 para organizaciones profesionales agrarias y organizaciones cooperativas de ámbito estatal, por ser improcedencia aplicar el criterio de la mayor representatividad en el ámbito de sindicatos, organizaciones o asociaciones para tener la condición de beneficiarios respecto de actividades ajenas a actuaciones de representación institucional 451

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE ENSEÑANZA

* *STS de 27 de septiembre de 2013 (Social) (RJ 2014\396)*
* *STS de 10 de diciembre de 2013 (Social) (RJ 2013\8402)*
* *STS de 10 de diciembre de 2013 (Social) (RJ 2014\391)*
Recurso para unificación de doctrina. Cooperativa de enseñanza. Centro concertado de enseñanza. A efectos de la paga extraordinaria por antigüedad reconocida en convenio debe computarse el período trabajado como socio-trabajador de cooperativa de trabajo asociado afiliado al RETA. El status jurídico del socio-trabajador de una Sociedad Cooperativa se considera de carácter mixto en cuanto a que se asienta sobre una relación societaria y al mismo tiempo se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo con tratamiento jurídico laboral en gran medida..... 407

* *STS de 20 de diciembre de 2013 (Cont.-Admvo) (RJ 2014\212)*
 Cooperativa de Trabajo Asociado. Régimen fiscal Impuesto de sociedades: ejercicios 1998,1999, 2002. Las operaciones con el personal asalariado tienen la consideración de operaciones cooperativizadas con terceros no socios y los rendimientos de tales operaciones tienen la consideración de extracooperativos, por lo que su no contabilización separada de las operaciones con los socios cooperativistas conlleva la pérdida de la condición de fiscalmente protegida 409

COOPERATIVAS DE VIVIENDAS

* *STS de 29 de octubre de 2013 (Penal) (Roj: STS 5247/2013)*
 Responsabilidad penal de Presidente, Vicepresidente y Secretario de Cooperativa de Viviendas. Apropiación indebida de cantidades que fueran entregadas en concepto de depósito de reserva y señal para la adquisición de viviendas y se dedicaron a otros usos con lo que tras el fracaso del proyecto no fueron devueltas a los depositantes como estaba previsto en el contrato firmado..... 405

* *STS de 28 de febrero de 2014 (Civil) (RJ 2014\1160)*
 Legitimación activa de cooperativa para reclamar los daños y perjuicios contra constructora derivados de una obra mal hecha pese a haber vendido casi la totalidad de las viviendas 438

RÉGIMEN FISCAL

* *STS de 18 de diciembre de 2013 (Cont.-Admvo) (RJ 2014\278)*
 Cooperativas. Régimen fiscal (Ley 20/1990, de 19 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Cooperativas). Impuesto de sociedades: ejercicios 1999, 2000, 2001. Requisitos de exclusión del régimen de incrementos patrimoniales de las aportaciones obligatorias efectuadas por los socios en los supuestos de baja en la cooperativa 408

* *STS de 20 de diciembre de 2013 (Cont.-Admvo) (RJ 2014\212)*
 Cooperativa de Trabajo Asociado. Régimen fiscal (Ley 20/1990, de 19 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Cooperativas). Impuesto de sociedades: ejercicios 1998,1999, 2002. Las operaciones con el personal asalariado tienen la consideración de operaciones cooperativizadas con terceros no socios y los rendimientos de tales operaciones tienen la consideración de extracooperativos, por lo que su no contabilización separada de las operaciones con los socios cooperativistas conlleva la pérdida de la condición de fiscalmente protegida 409

COMPETENCIA RECURSO CASACIÓN

* *Auto de 21 de enero de 2014 (Civil) (JUR 2014\27533)*

* *Auto de 4 de marzo de 2014 (Civil) (JUR 2014\95909)*

Las infracciones de preceptos de la Ley 5/1998, de Cooperativas de Galicia, son infracciones del Derecho civil especial propio de dicha Comunidad Autónoma. Cuando la Sentencia que se recurre en casación fue dictada por un órgano jurisdiccional civil con sede en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio foral o especial y en la sentencia recurrida se resuelve conforme a los preceptos Ley 5/1998 de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia es la competente para conocer del recurso de casación, competencia que le viene atribuida en virtud del art. 22.1. a) del Estatuto de Autonomía de Galicia..... 409

II. MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL Y MUTUAS DE SEGUROS

* *STS de 7 de febrero de 2014 (Cont.-Admvo.) (RJ 2014/909)*

El seguro escolar, por el que se garantiza a los beneficiarios el pago de los gastos de continuación de estudios a la muerte del mutualista, no es un seguro de vida, por lo que no queda obligado a las exigencias financieras propias de este tipo de seguros 461

* *STS de 3 de abril de 2014 (Civil) (RJ 2014/2568)*

Mutua. Existencia de abuso de derecho cuando, acordado en el consejo de administración de una aseguradora la supresión del derecho pensiones vitalicias reconocidas a los consejeros, el presidente de la entidad dimite dos días antes de que dicho acuerdo sea ratificado por la junta general y modificado a tal efecto los estatutos. La dimisión como consejero ocasiona el perjuicio, pues pretende impedir que se haga efectiva la voluntad social de suprimir aquellos derechos de previsión social, que eran claramente contrarios al interés social 462

* *STS de 1 de julio de 2014 (Cont.-Admvo.) (Roj: STS 2858/2014)*

Mutualidades de Previsión Social de profesiones colegiadas. Compatibilidad entre el disfrute de una pensión de jubilación de la Seguridad Social con el ejercicio de una actividad profesional colegiada cuando se opta por la afiliación a la correspondiente mutualidad..... 465

III. ASOCIACIONES

* *STS de 6 de noviembre de 2013 (RJ 2013/7772)*

Vulneración del derecho de asociación al denegarse la solicitud de compatibilidad del ejercicio de la función jurisdiccional con el cargo de fedatario-administrador de la asociación "Plataforma Cívica para la Defensa de la Justicia" 470

* *STS de 11 de abril de 2014 (Civil) (RJ 2014/2613)*

Asociación de consumidores. Falta de legitimación activa para impugnar el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. No concurre en la asociación derecho o interés legítimo exigido por el art. 19 a) LJCA, ni puede amparar su legitimación en la defensa colectiva de intereses difusos de los consumidores (art. 19 b) de LJCA) 471

* *STS de 13 de junio de 2014 (Civil) (RJ 2014/3181)*

Legitimación activa asociación. Falta de capacidad de los entes asociativos para, mediante una autoatribución estatutaria basada en el objeto social, acceder a la jurisdicción. Asociación que tiene entre sus objetivos el de actuar contra todo tipo de discriminación, entre los que se menciona explícitamente la originada por causa de lengua. Inexistencia de interés legítimo para impugnar Decreto sobre acreditación del conocimiento lingüístico del profesorado de las Universidades del sistema universitario de Cataluña. El interés de la asociación no excede del de mera legalidad y éste es insuficiente para justificar una legitimación *ad procesum* 473

IV. FUNDACIONES

* *STS de 29 de octubre de 2014 (Cont.-Admvo.) (JUR 2014/271350)*

Autorización no obligatoria del Protectorado para la adquisición por una Fundación de acciones de una sociedad constructora 475

I. COOPERATIVAS

* STS de 29 de octubre de 2013 (Penal) (Roj: STS 5247/2013)

Ponente: Joaquín Giménez García

Resumen: *Cooperativa de viviendas. Responsabilidad penal de Presidente, Vicepresidente y Secretario de Cooperativa de Viviendas, y, a su vez, administradores mancomunados de sociedad de responsabilidad limitada que, a su vez, gestionaba la Cooperativa. Apropiación indebida de cantidades que fueran entregadas en concepto de depósito de reserva y señal para la adquisición de viviendas y se dedicaron a otros usos con lo que tras el fracaso del proyecto no fueron devueltas a los depositantes como estaba previsto en el contrato firmado.*

Fundamentos de derecho

«Primero.- La sentencia de la Sección VI de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 18 de Diciembre de 2012 condenó a Íñigo, Secundino y Moises , como autores de un delito de apropiación indebida continuado agravado por la cuantía a la pena de dos años para cada uno de ellos y a multa de seis meses con cuota diaria de seis euros, con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que los condenados a fecha de 4 de Octubre de 2005 ostentaban, respectivamente, los cargos de Presidente, Vicepresidente y Secretario de la Sociedad Cooperativa de Viviendas Almillá, siendo a su vez, administradores mancomunados de la Sociedad “Alogra G7 S.L.” que, a su vez, gestionaba la expresada Sociedad Cooperativa de Viviendas Almillá.

En el año 2008 comenzaron a promocionar la construcción de un edificio de viviendas en el Barrio del Ave de Zaragoza captando socios mediante la publicidad del proyecto comentando que resultarían un 30% más baratas que en el mercado libre y que las cantidades que los socios cooperativistas entregaron estaban en cuentas bancarias bloqueadas hasta la firma del contrato privado de compraventa fijado para el 30 de Junio de 2009.

De este modo, Alfonso, Cayetano, Flor, Nicolasa y Vicenta firmaron los correspondientes contratos de depósito de señal y reserva para la adquisición de sus respectivas viviendas, en las fechas indicadas en el *factum* que se sitúan durante los meses de Octubre 2008 a Febrero 2009, ingresando cada uno de ellos 10.000 euros en las cuentas abiertas por los condenados en la Caixa y Caja Laboral.

En dichos contratos se estipulaba que la firma del contrato privado de compraventa sería el 30 de Junio de 2009, se hubieran o no comenzado las obras.

Llegada dicha fecha, las obras no solo no habían comenzado, sino que ni siquiera se había adquirido el terreno donde se iba a construir el edificio ni tampoco llamaron a las cinco personas adquirentes para firmar los contratos privados de compraventa.

En esta situación las cinco personas, haciendo uso de la cláusula tercera del contrato que les permitía recuperar el dinero depósito —10.000 euros cada uno— si se solicitara tal devolución antes de la firma del contrato privado, así lo pidieron, sin que los condenados atendieran a tal petición a pesar de los múltiples requerimientos que efectuaron en las oficinas de la Cooperativa, bien por correo electrónico o por burofax sin que obtuvieran respuesta.

Finalmente, después de Mayo de 2010 se personaron físicamente en las oficinas de la Cooperativa la que encontraron cerrada, habiendo desaparecido sin dejar rastro. Tampoco fue cierto que las cantidades entregadas estuvieran en cuentas bloqueadas.

Los condenados no obtuvieron financiación suficiente para el proyecto, que consistía en la construcción de 156 viviendas, y ello porque solo las cinco personas indicadas se interesaron en el mismo e hicieron las aportaciones indicadas y los 50.000 euros aportados por las cinco personas indicadas fueron gastados en viajes y propagandas por los condenados. Tampoco devolvieron un préstamo que obtuvieron de Luis Pedro y la mercantil Waltertec S.L.

Se ha formalizado un recurso conjunto por parte de los tres condenados desarrollado en tres motivos a cuyo estudio damos paso seguidamente.

Segundo.- El primer motivo, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia. (...)

(...)

La tesis de los recurrentes es que la inferencia conductora a la que arribó el Tribunal sentenciador carece de razonabilidad y por otra parte no se ha valorado la prueba de descargo.

En este control casacional verificamos que el Tribunal sentenciador cumplió con el deber de motivar su decisión condenatoria concretando las fuentes de prueba y los elementos incriminatorios que le posibilitaron llegar al juicio de certeza del fallo, sin dejar de valorar las pruebas de descargo constituidas por las “explicaciones” que dieron del dinero entregado por las cinco personas que vienen a confirmar la realidad de la apropiación indebida en la medida que los propios condenados reconocieron haberse gastado los 50.000 euros en viajes y propaganda y solo trataron de justificar la no devolución de las cantidades alegando que el cooperativista que se marchaba, para recuperar el dinero entregado tenía que presentar a otra persona que le sustituyera en la Cooperativa, pero como bien dice el Tribunal, tal requisito era solo para el caso de que el cooperativista se marchase después de la firma del contrato de compraventa, y en este caso, tal contrato —fijada su firma para el 30 de Junio de 2009— nunca fue firmada.

(...)

Ante la acreditada realidad de los hechos reconocida por los propios condenados que reconocen el gasto indebido de los 50.000 euros recibidos y que estaban destinados exclusivamente a ser invertidos en la obra, lo que flagrantemente incumplieron, resulta ocioso adicionar más argumentos para estimar la autoría de los mismos respecto del delito de apropiación, debía de añadirse que, como bien se justifica en el f.jdco. tercero de la sentencia carece de relevancia a los efectos del tipo penal que el proyecto de cooperativa no prosperase por la crisis económica o que el dinero entregado se destinase, en parte, a gastos relacionados con el proyecto -gastos de propaganda-. Lo relevante es que tales cantidades fueran entregadas en concepto de depósito de reserva y señal para la adquisición de viviendas y se dedicaron a otros usos con lo que tras el fracaso del proyecto no fueron devueltas a los depositantes como estaba previsto en el contrato firmado.

(...)

* STS de 27 de septiembre de 2013 (Social) (RJ 2014\396)

Ponente: Rosa María Virolés Piñol

* STS de 10 de diciembre de 2013 (Social) (RJ 2013\8402)

Ponente: M^a Luisa Segoviano Astaburuaga

* STS de 10 de diciembre de 2013 (Social) (RJ 2014\391)

Ponente: Miguel Angel Luelmo Millán

Resumen: *Recurso para unificación de doctrina. Cooperativa de enseñanza. Centro concertado de enseñanza. A efectos de la paga extraordinaria por antigüedad reconocida en convenio debe computarse el período trabajado como socio-trabajador de cooperativa de trabajo asociado afiliado al RETA.*

El status jurídico del socio-trabajador de una Sociedad Cooperativa se considera de carácter mixto en cuanto a que se asienta sobre una relación societaria y al mismo tiempo se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo con tratamiento jurídico laboral en gran medida.

Fundamentos de derecho

«(...) como resulta del relato fáctico de instancia, la demandante que prestaba sus servicios en el referido colegio como profesora de educación secundaria y bachillerato desde el 4/12/1985 figurando de alta en el RETA, pasa al Régimen General. Por ello, ha de estimarse que la actora reúne los requisitos para lucrar la Paga Extraordinaria de Antigüedad postulada y regulada en las normas transcritas (art. 61

del Convenio Colectivo), de aplicación a los trabajadores de los centros de educación en pago delegado como lo es el Colegio (...).

Y sin que a ello obste que la trabajadora fuere socia-trabajadora de la cooperativa de enseñanza, pues lo decisivo es que ha venido trabajando para el centro educativo sujeto al régimen de pago delegado desde 1985, y que en el momento en que el colegio causa alta en pago delegado la actora es alta en el Régimen General. La Administración, como acordó (arts. 117 LOE y 49 LODE) debe asumir en pago delegado todas las obligaciones devengadas con ocasión de la prestación de servicios sin exclusión de los socios cooperativistas (que a los efectos que aquí interesan son trabajadores asimilados) por su inclusión en distinto régimen de la Seguridad Social, pues conforme a la Disposición Adicional cuarta de la LGSS, los socios de las cooperativas pueden optar por el régimen en el cual encuadrarse, sin que el encuadramiento altere la naturaleza societaria reconocida en la Ley de Cooperativas. Sobre el status jurídico del socio-trabajador de una Sociedad Cooperativa, se ha pronunciado esta Sala IV del Tribunal Supremo en sentencia de 13 de febrero de 2012, con remisión a la STS de 29 de mayo de 1990, que considera de carácter mixto en cuanto a que se asienta sobre una relación societaria y al mismo tiempo se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo con tratamiento jurídico laboral en gran medida.

Ahora bien, el devengo de la paga extraordinaria cuestionada no depende en absoluto del encuadramiento en un régimen u otro de Seguridad Social, sino del desempeño de una actividad laboral en un centro concertado.

Para que la Administración educativa asuma el abono de la paga extraordinaria de Antigüedad es requisito indispensable que en el momento del devengo de la misma, el profesor figurara o figure en nómina de pago delegado, y tal devengo se produce el día en que el profesor cumpla 25 años de antigüedad en la empresa o 15 años de antigüedad si se trata de un docente que cuente, al menos, con 56 años de edad a la entrada en vigor del V Convenio Colectivo (17/01/2007), requisito que incontrovertidamente se cumplen en el presente caso.

Ha de estimarse que la doctrina correcta se contiene en la sentencia de contraste.»

* STS de 18 de diciembre de 2013 (Cont.-Admvo) (RJ 2014\278)

Ponente: Manuel Vicente Garzón Herrero

Resumen: *Cooperativas. Régimen fiscal (Ley 20/1990, de 19 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Cooperativas). Impuesto de sociedades: ejercicios 1999, 2000, 2001. La exclusión del régimen de incrementos patrimoniales de las aportaciones obligatorias efectuadas por los socios en los supuestos de baja en la cooperativa, exige que las mencionadas*

deducciones sean destinadas al Fondo de Reserva Obligatorio. No procede dicha exclusión en caso de contabilización en una cuenta distinta de reservas obligatorias, no pudiendo considerarse como mero un mero defecto formal.

Reseña

Debe desestimarse el recurso «[E]n segundo lugar porque en la concepción legal el Fondo de Reserva Obligatorio, al que se adscriben las deducciones de las aportaciones obligatorias de los socios en caso de baja tiene una finalidad concreta y específica que no se ha demostrado que fuera idéntica a la que correspondía a la cuenta en la que efectivamente se hizo su contabilización lo que excluye que se trate de un mero defecto formal, pues ese cambio contable produce un efecto sustancial y con evidente incidencia en la consolidación, desarrollo y garantía de la Cooperativa, extremo que no puede considerarse baladí».

*** STS de 20 de diciembre de 2013 (Cont.-Admvo) (RJ 2014\212)**

Ponente: Joaquín Huelin Martínez de Velasco

Resumen: *Cooperativa de Trabajo Asociado. Régimen fiscal (Ley 20/1990, de 19 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Cooperativas). Impuesto de sociedades: ejercicios 1998, 1999, 2002. Las operaciones con el personal asalariado tienen la consideración de operaciones cooperativizadas con terceros no socios y los rendimientos de tales operaciones tienen la consideración de extracooperativos, por lo que su no contabilización separada de las operaciones con los socios cooperativistas conlleva la pérdida de la condición de fiscalmente protegida.*

*** Auto de 21 de enero de 2014 (Civil) (JUR 2014\27533)**

Ponente: Ignacio Sancho Gargallo

*** Auto de 4 de marzo de 2014 (Civil) (JUR 2014\95909)**

Ponente: Ignacio Sancho Gargallo

Resumen: *Las infracciones de preceptos de la Ley 5/1998, de Cooperativas de Galicia, son infracciones del Derecho civil especial propio de dicha Comunidad Autónoma (doctrina fijada en AATS de 13 de junio de 2006, Rec. n.º 1401/2005, de 31 de julio de 2007, Rec. n.º 2094/2006, de 4 de diciembre de 2007, Rec. n.º 2022/2006, de 21 de enero de 2014, RCIP 316/2013). Conforme a los arts. 478.1, II LEC y 73.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando la Sentencia que se recurre en casación fue dictada por un órgano*

jurisdiccional civil con sede en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio foral o especial y en la sentencia recurrida se resuelve conforme a los preceptos Ley 5/1998 de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia (en el caso, sus arts. 121.2 y 64), la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia es la competente para conocer del recurso de casación, competencia que le viene atribuida en virtud del art. 22.1. a) del Estatuto de Autonomía de Galicia.

Razonamientos jurídicos

[Se reproducen los fundamentos del Auto de 21 de enero de 2014 (Civil) (JUR 2014\ 27533)].

«1. Esta Sala ya se ha pronunciado en anteriores ocasiones, en relación con supuestos semejantes en los que se alega la infracción de preceptos contenidos en la Ley 5/1998 del Parlamento Gallego, de Cooperativas de Galicia, tal y como acontece en el supuesto de autos en el que se invoca la infracción del art. 25.2 de la citada norma, determinando que dichas infracciones no pueden ser excluidas del concepto de Derecho civil especial propio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Así, el Auto de esta Sala de fecha de 4 de diciembre de 2007, Rec. nº 2022/2006, manteniendo la doctrina fijada en los AATS de 13 de junio de 2006, Rec. nº 1401/2005, de 31 de julio de 2007, Rec. nº 2094/2006, vino a determinar que: «entiende esta Sala que la Ley de Cooperativas de Galicia no puede ser excluida del concepto de Derecho civil especial propio de dicha Comunidad Autónoma, ya que estamos ante una materia que, sin perjuicio del fundado criterio mantenido por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior Justicia, es regulada por una norma específica de ámbito territorial en la Comunidad Autónoma y su denuncia se produce en un proceso conocido por un órgano de la jurisdicción civil, lo que justifica que su tratamiento sea el que se halla en el espíritu que ha movido al legislador al establecer la norma competencial contenida en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 478 de la LEC, ya que en este precepto de halla la intención de que el Tribunal Superior de Justicia interprete el derecho propio de la Comunidad Autónoma en desarrollo de la función unificadora y nomofiláctica ejercida respecto a los órganos civiles de la Comunidad a través del recurso de casación civil, respecto a una norma de ámbito territorial; tal es así que la única excepción que se contempla a dicha regla de competencia es la contenida en al art. 5.4 de la LOPJ cuya justificación no es precisamente extraer del conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia la materia que le es propia, sino que persigue exclusivamente que la denuncia de precepto constitucional sea vista por esta Sala, lo que obliga -dada la no posibilidad de dividir la continencia del recurso- a que se examine en su integridad viéndose por esta Sala -entonces sí- el derecho propio de la Comunidad Autónoma».

Este criterio que califica las infracciones derivadas de la Ley 5/1998 del Parlamento Gallego de Cooperativas de Galicia, como infracciones del Derecho civil especial propio de dicha Comunidad Autónoma, se mantiene por esta Sala y se reitera en la presente resolución, pese a la existencia de pronunciamientos disímiles, a los que se alude en el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de enero de 2013, y que atendieron a las concretas circunstancias de cada caso en concreto.

Por todo ello, debe de concluirse que en cuanto concurren los presupuestos determinados en los arts. 478.1 , II LEC y 73.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que la Sentencia que se pretende recurrir en casación fue dictada por un órgano jurisdiccional civil con sede en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio foral o especial y se cita como infringido el art. 25.2 de la Ley 5/1998 del Parlamento Gallego, de Cooperativas de Galicia, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia es la competente para conocer del recurso de casación, competencia que le viene atribuida en virtud del art. 22.1. a) del Estatuto de Autonomía de Galicia.»

* STS de 28 de enero (Penal) (RJ 2014\795).

Ponente: José Manuel Maza Martín

Resumen: *Deberes de los miembros de los órganos rectores de la cooperativa. Responsabilidad penal Consejero delegado-gerente. Consejero delegado de una cooperativa del campo con sección de crédito que actuaba también como gerente de la cooperativa, con amplios poderes y sin un verdadero control por parte de los miembros del Consejo Rector ni del Consejo de Vigilancia, y que en diversas ocasiones retiró importantes cantidades de dinero, hasta alcanzar varios millones de euros, de la cuenta corriente de la Cooperativa, en la que figuraban los depósitos de numerosos cooperativistas. Condena por los delitos de administración desleal y falsedad contable. En el primer caso porque desatendió la obligación de diligencia y buena gestión inherente a su cargo ocasionando el vaciamiento de fondos del haber social de la cooperativa, aunque no se haya acreditado que él mismo se lucrara con ellos. En el segundo, por no corresponder los datos ofrecidos a los órganos gestores en sucesivos ejercicios con la realidad que refleja la documentación bancaria. En cuanto a la indemnización con que debió resarcir a la cooperativa se estimó en el 60% del perjuicio causado. Tal reducción de responsabilidad se basa –según el tribunal– “en el hecho de la concurrencia de sus responsabilidades con las de los miembros de los órganos rectores de la cooperativa por su deficiente control de la contabilidad de la entidad, cuando los verdaderos perjudicados son los propios cooperativistas”.*

Reseña

«I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Santander instruyó Procedimiento Abreviado con el número 7/2009 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3ª que, con fecha 21 de febrero de 2013 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: “UNICO: *Ha resultado probado y así se declara, lo siguiente:*

A) La Sociedad Cooperativa del Campo y Sección de Crédito de Monte es una sociedad cooperativa con una sección de crédito, radicada en Monte, Santander, que cuenta con aproximadamente 2.300 socios. Disponía de dos secciones, la mentada de Crédito y la Avícola, luego denominada de Almacén.

La Sección de Crédito, que no constituye persona jurídica independiente ni tiene la condición de Entidad de Crédito, desarrollaba una actividad de intermediación financiera limitada a sus socios, pero que también ocasional y puntualmente se extendió a sociedades relacionadas con éstos. Entre esas actividades se encontraba funcionar frente a ellos como una entidad bancaria en el sentido de abrir cuentas corrientes o libretas en las que se documentaran y negociaran las actividades mercantiles habituales de los socios (abonos y cargos); pero también la de captar fondos de los socios, en concepto de depósitos en cuenta corriente o imposiciones a plazo, y conceder créditos a los socios, mediante contratos de préstamo. Los fondos no aplicados a operaciones activas los invertía en imposiciones a plazo o fondos de inversión.

El servicio de caja que prestaba la Cooperativa a los socios se centralizaba en una cuenta única, la cuenta corriente N° NUM000, que la misma tenía abierta en la sucursal del BBVA en la C/xxxxxx, de Santander. En esta cuenta los socios efectuaban sus ingresos, cargaban sus recibos derivados de suministros y compras que pudieran llevar cabo, contra la misma libraban sus cheques o efectuaban sus reintegros y posteriormente tales cargos se anotaban en la cuenta individualizada que cada uno tenía abierta en la sociedad por los administrativos que la misma tenía contratados.

La competencia para aprobar los préstamos solicitados por los socios correspondía de forma exclusiva al Consejo Rector de la Cooperativa.

Dado el carácter colegiado y no profesional del Consejo, la gestión de la Cooperativa, la llevanza de la Contabilidad, la elaboración de las Cuentas Anuales, y su presentación a la Asamblea, así como la actuación frente a terceros en el ámbito bancario era desarrollada con carácter retribuido por el acusado Miguel Ángel, mayor de edad y sin antecedentes penales, ostentando el cargo de Consejero Delegado de la Cooperativa por acuerdo del Consejo Rector, desde el 4 de Enero de 1985, fecha de su nombramiento, hasta su despido tras denunciarse los hechos objeto de acusación, actuando tanto a nivel interno como externo, ante los miembros del Consejo Rector, de la Asamblea de Socios y de terceros,

como el Gerente de la Cooperativa, y en esa condición intervenía siempre, tanto en las reuniones del Consejo Rector como en las Asambleas de Socios. En tal función, dirigía y llevaba la contabilidad, hasta el punto de que era quien asumía el control contable, disponiendo en exclusiva de las claves bancarias, y tenía amplios poderes del Consejo Rector de la Cooperativa, a quien informaba puntualmente de la situación patrimonial de aquélla en las reuniones que periódicamente se llevaban a cabo, concurría y actuaba de forma activa en los actos de los órganos ejecutivos y de decisión de la cooperativa, y poseía firma en las entidades de crédito con las que operaba aquélla, estando autorizado para operar libremente en las diferentes entidades financieras en donde se encontraban depósitos de la Cooperativa, si bien siempre, sobre el papel, con otra firma autorizada. Nunca se le delegó la facultad de otorgar préstamos a los socios cooperativistas, función ésta exclusiva del Consejo Rector, ni la de cancelar imposiciones a plazo fijo.

En los últimos años, y desde luego a partir del año 2002, las operaciones que realizaba Miguel Ángel, tanto las realizadas con los bancos y cajas, como las relacionadas con la contabilidad de la Cooperativa, no eran supervisadas por nadie. Ni los miembros del Consejo Rector comprobaban la realidad de los datos que en sus reuniones les ofrecía Miguel Ángel como Gerente de la Cooperativa, ni los miembros del Consejo de Vigilancia -denominación nueva que en la práctica se le asignó a la Intervención- revisaban o supervisaban los datos contables y económicos de la entidad. Miguel Ángel leía en las reuniones del Consejo Rector y en las juntas de la Asamblea de Socios los balances contables que él mismo preparaba, a sabiendas de que los datos que les ofrecía no eran exactos ni se correspondían con la situación real contable, económica y financiera de la Cooperativa. Por ejemplo, [...]. De esa forma, Miguel Ángel trasladaba, -dentro de las partidas del Activo de los respectivos Balances, importantes cantidades de saldos de Deudores a Tesorería, minorando ficticiamente los saldos de Deudores y aumentando los saldos de Disponible en Bancos y Cajas, con cifras de disponible que en realidad no eran reales.

En las Juntas y Asambleas Miguel Ángel leía presuntos informes de supervisión emitidos por el Consejo de Vigilancia que no respondían a la realidad, y que ni siquiera estaban firmados por los miembros de dicho Consejo. Ni los miembros de los diferentes Consejos Rectores ni nadie, durante esos años, comprobaron la realidad y exactitud de los datos contables que Miguel Ángel les presentaba. Pese a que tanto los Estatutos como la Ley de Cooperativas exigían la existencia de Interventores en la Cooperativa o, en su caso, la necesidad de auditar todos los años las cuentas de la Cooperativa, por disponer de Sección de Crédito, ni había Interventores en la misma, al menos formalmente desde el año 1.990 al no constatarse en el Registro de Cooperativas, ni se efectuaban auditorías anuales. No consta tampoco que se llevaran en forma todos los libros contables exigidos por la Ley de Cooperativas.

Los miembros del Consejo Rector, y por extensión los socios de la Asamblea, confiaban plenamente en la persona del Gerente, el acusado Miguel Ángel. En base a tal confianza, Miguel Ángel continuó en esa actividad engañosa hasta finales del año 2005.

Durante el desempeño de las funciones inherentes a su cargo, pero fundamentalmente en los años 2004 y 2005, el acusado desatendió conscientemente la obligación de diligencia y buena gestión inherente a su cargo, ocasionando un vaciamiento de fondos del haber social de la cooperativa, admitiendo que a las personas o entidades que tenían abierta una cuenta en la entidad se les abonaran cargos o se efectuaran operaciones de descuento de pagarés pese a no contar con haber suficiente para justificarlos y, en muchos casos, ni siquiera negociarse éstos.

B) Especial relevancia, por su cuantía y envergadura, tuvo la relación que con la Sección de Crédito de la Cooperativa de Monte, y en especial con su Gerente, Miguel Ángel, mantuvo el acusado Juan Luis, mayor de edad y sin antecedentes penales.

Dicho acusado no sólo abrió cuentas a su nombre, como socio de la Cooperativa, sino que también abrió cuentas a nombre de diversas empresas de las que era administrador y con las que operaba en la vida comercial; esas empresas fueron, a lo largo del tiempo, “METÁLICAS RIBADEDEVA, S.L.”, “CONSTRUCCIONES Y OBRAS RIBADEDEVA, S.L.”, “METÁLICAS SANTANDER, S.L.” y “RIBADEDEVA METÁLICAS SANTANDER, S.L.”. A pesar de que los Estatutos de la Cooperativa sólo permitían solicitar créditos a los socios de la misma y abrir cuentas a personas físicas, Juan Luis logró que Miguel Ángel abriera cuentas a nombre de dichas sociedades, si bien no fue un caso único, pues también se abrieron, con conocimiento de la Junta Rectora, cuentas a favor de algunas sociedades o personas jurídicas administradas o de la titularidad o más o menos relacionadas con otros socios de la Cooperativa no acusados.

Miguel Ángel, de acuerdo con Juan Luis, desvió fondos de la Cooperativa, a favor de éste o de sus sociedades:

1ª) Por un lado, consintió que Juan Luis girara numerosos cargos y recibos contra dichas cuentas, propias o de sus sociedades, sin disponer de metálico suficiente para cubrir tales cargos.

Y así, se abonaron en la cuenta única de la Cooperativa en el BBVA los siguientes cargos -se ofrece el saldo final deudor aproximado de cada una de estas cuentas al cierre de las mismas-:(...)

2ª) Además de los cargos en descubierto mencionados, Miguel Ángel hizo ver, a efectos contables, que Juan Luis efectuaba ingresos a través del abono de pagarés en las cuentas de “Metálicas Santander, S.L.” en la cooperativa, los cuales se anotaron en una cuenta número xxxxx de la cooperativa denominada “pagarés pendientes negociar”, si bien sus importes se llevaron a la cuenta de Caja, como si se hubieran negociado y cobrado. Se ha probado que al menos 16 pagarés, por un importe total de 2.404.048’48 euros, se llevaron

a la cuenta de disponibles, cuando tales pagarés, que ni siquiera estaban completos al no haberse rellenado fechas y que no habían sido negociados, fueron hallados entre la documentación ocupada en las oficinas de la Cooperativa de Monte.

No se ha acreditado sin embargo que esos 2.404.048'48 euros se hayan contabilizado, a modo de ingreso, en ninguna de las cuentas corrientes de Juan Luis o alguna de sus empresas. Pero sí que sirvieron para falsear la contabilidad presentada al Consejo Rector y Asamblea General, al constatarse como activo un dinero no ingresado ni negociado.

3ª) Finalmente, Miguel Ángel ingresó dinero de la Cooperativa, y sin conocimiento ni autorización alguna de su Consejo Rector, en cuentas corrientes de empresas de Juan Luis en otras sucursales bancarias, y por tanto completamente ajenas a la Cooperativa, dinero que éste destinó a fines propios.

Así: (...)

A través de esta mecánica los cooperativistas vieron mermados en 60.000 euros los fondos de la Cooperativa.

C) El acusado Miguel Ángel en su actuación como Consejero Delegado y administrador de hecho de la Cooperativa realizó otros actos que han perjudicado a ésta: al existir saldos deudores en la cuenta principal, el BBVA cargó intereses moratorios en la cuenta de la Cooperativa, produciendo a ésta un perjuicio económico, no cuantificado en autos.

Y el 30 de septiembre de 2005 canceló un depósito a plazo de 1.200.000 euros que la Cooperativa tenía en la Caja Rural de Burgos de forma anticipada, y sin autorización del Consejo Rector, para cubrir descubiertos en la cuenta del BBVA, lo que supuso a la cooperativa una penalización económica de 19.827,80 euros que detrajo a su favor Caja Rural de Burgos en aplicación del contrato suscrito.

D) Miguel Ángel permitió que varios socios de la Cooperativa con cuentas de crédito abiertas giraran cargos contra ellas sin efectuar ingresos para equilibrarlas, llegando a tener tales cuentas saldos deudores muy cuantiosos.

Entre los socios que llegaron a tener saldos deudores cuantiosos se encontraban:(...)

De todas estas circunstancias, ni la Asamblea General de Socios, ni el Consejo Rector fueron informados por el Gerente y administrador de hecho Sr. Miguel Ángel.

A finales del año 2005 se acordó por la Junta Rectora hacer una auditoría, a fin de presentar a la Asamblea la posibilidad de construir un centro geriátrico, y tras debatirse con qué profesional de la auditoría se iba a contratar, se acordó finalmente contratar los servicios de un auditor profesional, que descubrió todo lo que se ha descrito.

Como consecuencia, entre factores, de la gestión por parte de Miguel Ángel descrita y de los desfases contables que motivaron la existencia de elevados saldos deudores, se instó un procedimiento concursal en el Juzgado de Primera Instancia N° 10, de lo Mercantil, de Santander. Por acuerdo de la Junta General Ordinaria y Extraordinaria celebrada el

día 10 se aprobó la disolución de la cooperativa y la apertura del período de liquidación y nombramiento de los socios liquidadores. “[sic]

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: “**FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos:

A) A Miguel Ángel, como autor directo y responsable de un delito continuado de falsedad contable societaria, ya definido, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE DIEZ MESES Y QUINCE DÍAS, con cuota diaria de SEIS EUROS.

Y como autor directo y responsable de un delito continuado de administración desleal societaria, ya definido, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de DOS AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Así como al pago de una cuarta parte de las costas procesales causadas, incluidas las de las Acusaciones Particulares.

B) A Juan Luis, como autor directo y responsable de un delito de apropiación indebida, ya definido, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de SEIS AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE DOCE MESES Y UN DÍA, con cuota diaria de SEIS EUROS, así como al pago de una octava parte de las costas procesales causadas, incluidas las de las Acusaciones Particulares

C) A Pablo, Claudia, Jose Antonio, Roman y Luis Alberto, como autores directos y responsables de un delito de apropiación indebida, ya definido, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas, a cada uno de ellos, de UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, MULTA DE OCHO MESES, con cuota diaria de SEIS EUROS y al pago de una octava parte de las costas procesales causadas, incluidas las de las Acusaciones Particulares.

En concepto de responsabilidad civil dimanante de la criminal declarada, los acusados indemnizarán a la “SOCIEDAD COOPERATIVA DEL CAMPO DE MONTE” en las siguientes cantidades: (...)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

(...)

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

QUINTO.- Finalmente, los restantes motivos se refieren a diversas infracciones de Ley, por indebida aplicación de las normas de Derecho sustantivo a los hechos declarados probados por el Tribunal “a quo”.

El cauce casacional en tales supuestos utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia inicialmente.

En este sentido, es clara la improcedencia también de estos motivos, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, al aplicar los artículos 74 , 115 , 116 , 250 6ª , 252 , 290.1 y 2 y 295 del Código Penal y 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En concreto, podemos referirnos a:

A) La correcta aplicación del artículo 252 en relación con el 250.1 6ª y el 74 del Código Penal (motivo Segundo del RVS), que describe el delito continuado de apropiación indebida, agravado en razón de la cuantía del perjuicio, que resulta de todo punto cumplida al incluirse en el “factum” todos los requisitos que integran la comisión, por el recurrente, de un delito de ese carácter, a título de autor, toda vez que consta cómo en diversas ocasiones retiró, apropiándose, una importante cantidad de dinero, que alcanzó finalmente varios millones de euros, de la cuenta corriente de la Cooperativa, en la que figuraban los depósitos de numerosos cooperativistas que no le pertenecían.

No encontrándonos, por lo tanto, ante una simple disposición que pudiera generar una deuda con la entidad financiera, sino frente a la ilícita apropiación constitutiva de la infracción objeto de condena, ya que no sólo es sobradamente conocido, afirmándose por la doctrina de esta Sala reiteradamente (SsTS de 7 de Noviembre de 2005, 8 de Febrero de 2006 y 9 de Octubre de 2009 , por ejemplo) que el hecho de que una cuenta sea de titularidad conjunta no faculta a uno de los titulares para disponer, indiscriminada e injustificadamente, del dinero de los restantes, sino que, en este caso, esa prohibición opera incluso de una forma aún más exigente, habida

cuenta del sistema seguido en la cuenta corriente de autos, en la que, a su vez, figuraban una serie de “subcuentas” o cuentas individualizadas de cada uno de los cooperativistas o sus empresas, por lo que con mayor evidencia ha podido determinarse, esencialmente a través de la acreditación de las correspondientes extracciones y movimientos de cuentas, cómo los importes de los que se apropió el recurrente no se correspondían con la disponibilidad obrante en aquellas de esas “subcuentas” de las que era exclusivamente titular único.

Así mismo, y aunque no sea éste el lugar adecuado para abordar cuestiones de orden probatorio como las también planteadas en el motivo por el recurrente, ha de afirmarse que los hechos quedan suficientemente acreditados con las declaraciones prestadas, tanto por los testigos como parcialmente por el propio Juan Luis, y sobre todo con la documental bancaria disponible que permite, además, establecer, sin género de dudas, que la cuantía del perjuicio causado, aunque con toda exactitud no haya podido concretarse, superaba con mucho el límite legalmente previsto para la aplicación de la agravante específica del artículo 250.1 6ª del Código Penal.

Por otra parte, la continuidad delictiva resulta igualmente clara, dada la pluralidad de operaciones apropiativas realizadas, según consta una vez más en el relato de hechos de la recurrida.

B) La adecuación, igualmente, de los artículos 74, 290.1 y 2 y 295 del Código Penal (...), referidos a la existencia de los delitos continuados de administración desleal y falsedad documental cometidos por Miguel Ángel, a la vista de su conducta, permitiendo las apropiaciones antes descritas y la de los restantes condenados en la instancia, en perjuicio de la entidad que gestionaba, como quedó debidamente acreditado y se relata literalmente en el “factum” ahora incuestionable, junto con las falsedades, igualmente descritas con precisión en dicho relato, en la contabilidad de la Cooperativa, transmitiendo una información a los órganos rectores que, desde los mendaces asientos documentales, ocultaban a dichos órganos la realidad de la vida económica de la entidad.

Hechos, por consiguiente, que sirven de base adecuada para soportar la calificación jurídica aplicada por la Audiencia en este caso, tanto respecto del delito continuado de administración desleal como del de falsedad en las cuentas de la persona jurídica gestionada por el recurrente.

Y ello al margen de las alegaciones del recurrente que, irrespetuosas con esa descripción fáctica, se remiten a la inexistencia de la práctica previa de una prueba pericial contable para afirmar la conclusión de la imposibilidad de acreditación de los dos delitos que se le imputan.

De esta forma, no sólo ignora quien recurre que el cauce utilizado en esta ocasión, la infracción en la aplicación de la Ley, no es el procedente para combatir los criterios

probatorios que conducen a la convicción fáctica del Juzgador, sino que además no le asiste en absoluto la razón en esa crítica ya que basta con examinar la fundamentación jurídica de la recurrida (FJ 3º) para advertir cómo la Audiencia, en sustitución de esa prueba pericial cuya realización no fue posible, se introduce en un examen directo y exhaustivo de la documental obrante en los Autos para alcanzar sus fundadas conclusiones en orden tanto a la efectiva ejecución de actos de ilícita apropiación en los que el recurrente participó, en su indiscutible y suficientemente demostrado ejercicio de las funciones propias de gerente de la entidad y por mucho que no se haya acreditado que él mismo se lucrara con ellos ya que tal extremo en modo alguno es requisito necesario para la presencia del delito de administración desleal, como de los de falsedad contable, al no corresponderse los datos ofrecidos a los órganos gestores en sucesivos ejercicios con la realidad que refleja, incuestionablemente, la documentación bancaria.

Por otra parte, ni el hecho de que los responsables de los órganos de control de la Cooperativa aprobasen las cuentas ha de suponer que éstas fueran acordes con la realidad ni, en cuanto a la continuidad del delito de administración desleal, el mismo absorbe en una sola infracción los múltiples ilícitos de esta clase realizados por Miguel Ángel, de acuerdo con la literalidad del relato de hechos, sino que, antes al contrario, esa pluralidad constituye el supuesto del artículo 74 del Código Penal, es decir, la figura de un delito continuado.

C) La correcta aplicación, de nuevo, de los artículos 115 y 116 del Código Penal, relativos a la responsabilidad civil derivada de los delitos enjuiciados (...) al hallarnos, siguiendo de nuevo la literalidad del “factum” de la recurrida, ante unos perjuicios fielmente cuantificados, aunque en algún caso hubiera de ser de forma aproximada, en esa narración, esencialmente sobre la base de la documental bancaria disponible.

Debe recordarse cómo, ante la ya aludida ausencia de una prueba pericial contable con conclusiones de exacta precisión en este punto, la Audiencia opta, de manera absolutamente correcta y una vez que comprueba que, hasta donde puede llegar con la necesaria certeza su convicción probatoria y fáctica en este punto, el importe de los perjuicios cubre las exigencias de la tipicidad penal aplicada, por remitir a la fase de ejecución de Sentencia, mediante la ejecución de una pericia contable suficiente a estos efectos que se elaborará sobre las bases que ya quedan establecidas, la concreta y puntual determinación del importe de dichos perjuicios, y consiguientes cuantías indemnizatorias, en aquellos casos en los que no se puede afirmar con toda precisión, a la vista de la documental disponible, los referidos importes.

Razón por la que, puesto que se remite a un momento ulterior esa determinación cuántica, resultan aún más rechazables las críticas que a la misma puedan dirigir los recurrentes en el momento actual.

Mientras que por lo que se refiere al porcentaje sobre la total cantidad resarcitoria aplicado por el Tribunal “a quo” a Miguel Ángel, que alcanza tan sólo el 60% del perjuicio causado como consecuencia de las infracciones en las que participó, hay que concluir, con el Fiscal, en que resulta aún más injustificada su crítica a este respecto, toda vez que tal reducción de responsabilidad en el orden civil resulta incomprensible y muy favorable para él, al basarse en el hecho de la concurrencia de sus responsabilidades con las de los miembros de los órganos rectores de la Cooperativa por su deficiente control de la contabilidad de la entidad, cuando los verdaderos perjudicados son los propios cooperativistas, por completo ajenos a ninguna circunstancia que llevase a realizar una semejante compensación en relación con los importes de los perjuicios por ellos sufridos.

(...)

Por tales razones, estamos ante unos motivos que han de ser de nuevo íntegramente desestimados y, con ellos, los Recursos en su totalidad.»

*** STS de 6 de febrero de 2014 (Civil) (RJ 2014\1313)**

Ponente: Rafael Saraza Jimena

Resumen: *Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha. Baja de socio: criterios para determinar el reembolso de las aportaciones al socio que se da de baja. Los principios que informan el régimen económico de las sociedades cooperativas son muy diferentes a los que informan las sociedades de capital: el capital social tiene en la sociedad cooperativa una función muy diferente a la que tiene en la sociedad de capital. Los socios en caso de baja no tienen derecho a un «valor razonable» de su participación en el capital social, sino al reembolso conforme al valor que tengan en el balance del ejercicio de la baja en la cooperativa;*

Deducción de pérdidas imputables al socio en el reembolso de las aportaciones sociales: no es imprescindible que la imputación de pérdidas esté ya realizada en el momento en que el socio solicite la baja para que puedan deducirse de la aportación a reembolsar; una vez computadas las pérdidas en el balance, el acuerdo de imputarlas a una cuenta especial para amortizarlo con cargo a futuros resultados positivos, dentro del plazo máximo de diez años, ha de entenderse aplicable sólo a los socios que permanecen en la cooperativa, y no a los que se dan de baja en la cooperativa, a quienes debe aplicarse un criterio de liquidación y no de empresa en funcionamiento,

No procede la deducción por inversiones no amortizadas o pendientes de pago: el art. 61 de la ley autonómica permite deducir las pérdidas no compensadas, pero no las canti-

dades pendientes de pago por la financiación de inversiones de la Cooperativa. No existe base legal para pretender que se les deduzca la parte que queda todavía por abonar de tal financiación, que corresponderá a un periodo durante el que los demandantes no podrán disfrutar ya de tales inversiones.

Fundamentos de derecho

«PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- Los hoy recurrentes promovieron una demanda contra la entidad “SOCIEDAD COOPERATIVA SANTO NIÑO DE LA BOLA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CASTILLA LA MANCHA” (en lo sucesivo, la Cooperativa), en la que solicitaban, resumidamente, que se dictara sentencia por la que se anularan y dejaran sin efecto las liquidaciones de las aportaciones correspondientes a las bajas como socios de los demandantes, se declarara que las aportaciones de los demandantes que habían de ser objeto de reembolso eran las resultantes de la aplicación del porcentaje establecido para cada uno de ellos en la demanda sobre el patrimonio neto de la Cooperativa calculado según el valor real de los activos de ésta y se condenara a la Cooperativa demandada a practicar nuevas liquidaciones a los demandantes que no contuvieran deducción alguna por pérdidas, por deudas y obligaciones pendientes de pago o por inversiones, ni por sanción por baja injustificada.

2.- El Juzgado de Primera Instancia (con competencia en asuntos de lo mercantil) dictó sentencia en la que estimó parcialmente la demanda y acordó se anularan y dejaran sin efecto las liquidaciones de las aportaciones correspondientes a las bajas como socios de los demandantes y se practicaran nuevas liquidaciones que no contuvieran deducción alguna por deudas y obligaciones pendientes de pago o por inversiones, sin imposición de costas.

3.- La sentencia fue recurrida por ambas partes. La Audiencia Provincial de Cuenca estimó en parte el recurso de los demandantes, anuló las liquidaciones de las aportaciones correspondientes a las bajas como socios de los demandantes D. Blas y DIRECCION000 , C.B., y estimó el recurso de apelación de la Cooperativa, por lo que le absolvió de la condena a practicar nuevas liquidaciones que no contuvieran deducción alguna por deudas y obligaciones pendientes de pago o por inversiones, sin hacer expreso pronunciamiento de las costas.

4.- Contra esta sentencia formula recursos extraordinario por infracción procesal y de casación la parte demandante.

Recurso extraordinario por infracción procesal

(...)

Recurso de casación

SEXTO.- Enunciación del primer motivo del recurso

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza del siguiente modo: «Por infracción del artículo 61 de la Ley de Castilla-La Mancha 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha, y artículo 51 de la Ley Estatal 27/1999, de 16 de julio (RCL 1999, 1896), de Cooperativas, relativos al reembolso y valoración de las aportaciones de los socios en caso de baja de éstos en la cooperativa, vulnerando la doctrina jurisprudencial según la cual, en caso de baja del socio, la cantidad que debe ser objeto de reembolso viene determinada por el patrimonio repartible de la cooperativa en el ejercicio en que se produce la baja del socio, el cual se fija deduciendo del activo de la cooperativa aquellas partidas que integran el pasivo, y que tienen el carácter de irrepartibles mientras la Cooperativa siga en funcionamiento».

2.- El recurso pretende que el Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina jurisprudencial: «En caso de baja del socio, la cantidad que debe ser objeto de reembolso viene determinada por el patrimonio repartible de la Cooperativa en el ejercicio en que se produce la baja del socio, el cual se fija deduciendo del activo de la cooperativa aquellas partidas que integran el pasivo, y que tienen el carácter de irrepartibles mientras la cooperativa siga en funcionamiento».

3.- Alega el recurso que existe jurisprudencia contradictoria sobre la forma en que ha de realizarse el reembolso de las aportaciones a los socios que se dan de baja en la cooperativa, pues hay Audiencias que entienden que debe calcularse por referencia al capital social, mientras que otras entienden que debe calcularse por referencia al patrimonio social.

4.- Se alega en el recurso que las aportaciones de los socios vendrían constituidas por el cupo de kilogramos de uva que corresponden a cada uno y no por las cantidades económicas aportadas. Alegan los recurrentes su discrepancia con el modo en que la sentencia ha fijado las aportaciones de los socios a la Cooperativa, tomando en consideración las aportaciones económicas y no el cupo de uvas, puesto que la Audiencia ha aceptado la tesis de la Cooperativa demandada, sin que se haya practicado prueba que lo sustente, y además la negativa de la Cooperativa a exhibir el libro registro de aportaciones al capital social debe llevar a que se dé valor probatorio a la versión del contenido de dicho libro alegado por la parte actora.

SÉPTIMO.- Valoración de la Sala. El criterio para determinar el reembolso de las aportaciones al socio que se da de baja

1.- La doctrina jurisprudencial que se solicita sea establecida por esta Sala ha de referirse al precepto legal cuya infracción se invoca, siempre que sea aplicable. No existen razones por las que la Ley estatal de Cooperativas, que es invocada junto a la

autonómica, haya de ser aplicada, pues la Cooperativa demandada desarrolla principalmente su actividad cooperativizada en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, lo que excluye la aplicación directa de la ley estatal, y no existe una laguna legal sobre este particular en la ley autonómica, que dedica su art. 61 a la liquidación y el reembolso de las aportaciones obligatorias y voluntarias de los socios en el caso de baja o expulsión de la cooperativa, lo que excluye su aplicación supletoria.

Dado que el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha no atribuye a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de dicha comunidad el conocimiento de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en dicha comunidad cuando se funde en infracción de las normas del Derecho civil especial propio de la comunidad, ha de ser esta sala la que conozca de tal recurso y, en su caso, sienta la doctrina jurisprudencial en relación a la ley autonómica de cooperativas, conforme a lo dispuesto en el art. 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por tanto, la doctrina jurisprudencial a fijar lo será en relación al precepto de la ley autonómica de Castilla-La Mancha sobre cooperativas, concretamente el art. 61 de la Ley 20/2002, de 14 de noviembre, no el art. 51 de la ley estatal que se invoca. No obstante, los principios que inspiran esta materia son comunes a las leyes de cooperativas, que por lo general difieren entre sí tan solo en matices.

2.- El citado art. 61 de la ley autonómica, en lo que aquí interesa, establece:

«1. Los socios tienen derecho a exigir el reembolso de las aportaciones obligatorias y voluntarias en el caso de baja o expulsión de la cooperativa.

»La liquidación de estas aportaciones se practicará a partir del balance de cierre del ejercicio social en el que se ha originado el derecho al reembolso, conforme a las normas contenidas en los párrafos siguientes.

»2. Del valor acreditado de las aportaciones al capital social suscritas por el socio, se podrán efectuar las siguientes deducciones y descuentos:

»a) En los supuestos que corresponda, se deducirán, en primer lugar, las pérdidas imputadas o imputables al socio, reflejadas en el balance de cierre del ejercicio en el que se produzca la baja, ya correspondan a dicho ejercicio o provengan de otros anteriores y estén sin compensar; y, en segundo lugar, las sanciones económicas impuestas al socio que no hubieran sido satisfechas, así como aquellas obligaciones de pago que el socio tenga pendientes con la cooperativa derivadas de su participación en la actividad cooperativizada o por cualquier otro concepto.

»b) En los casos de baja no justificada se podrá establecer una deducción de las aportaciones obligatorias que no podrá superar el veinte por ciento, y el treinta por ciento, en los supuestos de baja por expulsión.

»3. Si el importe de la liquidación practicada resultara deudor para el socio, el Consejo Rector fijará un plazo, que no podrá ser inferior a dos meses ni superior a un año, para que abone dicho importe, con el devengo del interés legal del dinero.

(...)

»6. El Consejo Rector dispondrá de un plazo de tres meses desde la aprobación de las cuentas del ejercicio económico en el que haya causado baja el socio, para proceder a efectuar el cálculo del importe a reembolsar de sus aportaciones al capital social, que deberá ser notificado al interesado. (...)».

3.- Los principios que informan el régimen económico de las sociedades cooperativas son muy diferentes a los que informan las sociedades de capital.

El capital social tiene en la sociedad cooperativa una función muy diferente a la que tiene en la sociedad de capital, de modo que no constituye el criterio básico para atribuir a los socios los derechos políticos y económicos en la sociedad, papel que corresponde a la actividad cooperativizada. En este sentido, el art. 68.5 de la ley autonómica castellano-manchega establece:

«El retorno cooperativo es la parte del excedente disponible que la Asamblea General acuerde repartir entre los socios, que se acreditará a los mismos en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada socio con la cooperativa, sin que en ningún caso pueda acreditarse en función de las aportaciones al capital social».

Este papel secundario del capital social en la estructura societaria se observa también en el hecho de que el capital social sea variable pues los estatutos han de fijar únicamente un capital social mínimo (arts. 14.e, 55.2º y 8º de la ley autonómica), lo que se conjuga con el principio de “puerta abierta”, por el que el socio puede abandonar la cooperativa recuperando sus aportaciones, según el valor acreditado que tengan a partir del balance de cierre del ejercicio social en el que se ha originado el derecho al reembolso (esto es, el valor inicial con las actualizaciones que hayan podido acordarse, art. 59 de la ley autonómica) y con determinadas deducciones, en su caso (art. 61.1 y 2-a), y con concesión de un plazo de hasta cinco años para hacer efectivo el reembolso (art. 61.4 de la ley autonómica) para evitar problemas de descapitalización.

Este principio de “puerta abierta” se ha visto matizado en la normativa estatal por la modificación introducida por la disposición adicional 4ª de la Ley 16/2007, de 4 de julio, para adaptarla a los estándares internacionales de contabilidad (NIC 32), pero tal reforma no afecta al supuesto objeto de este recurso, regido por la ley autonómica vigente cuando sucedieron los hechos.

4.- Las leyes de cooperativas, tanto la estatal como las autonómicas, eluden conscientemente utilizar el término “participación” para referirse a la contribución del

socio al capital social de la cooperativa, para evitar que pueda entenderse que es titular de una cuota del patrimonio social.

Por ello, el socio cooperativista no tiene derecho a un “valor razonable” de su participación en el capital social, consistente en una cuota del patrimonio social de la cooperativa, fijada, a falta de acuerdo, por un experto independiente, como ocurre en el caso de ejercicio del derecho de separación por el socio de una sociedad de capital (texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Tiene derecho al reembolso de las aportaciones obligatorias y voluntarias según el valor acreditado que tengan a partir del balance de cierre del ejercicio social en el que se ha originado el derecho al reembolso (art. 61.1 de la ley autonómica). Estas podrán haber sido actualizadas respecto de su valor inicial (art. 59.2 de la ley autonómica). Si existen pérdidas no compensadas, las pérdidas imputadas o imputables al socio, reflejadas en el balance de cierre del ejercicio en el que se produzca la baja, ya correspondan a dicho ejercicio o provengan de otros anteriores, podrán deducirse del valor acreditado de sus aportaciones (art. 61.2.a de la ley autonómica), lo que, junto al plazo de hasta cinco años para hacer efectivo el reembolso, impedirá la despatrimonialización de la sociedad cooperativa como consecuencia del reembolso de las aportaciones a los socios que se dan de baja.

5.- Las demás cuestiones planteadas en el motivo del recurso son improcedentes.

La cuestión de cómo se determinan las aportaciones de los socios nada tiene que ver con la infracción legal que se denuncia y la doctrina jurisprudencial cuya fijación se solicitaba, relativa a que el reembolso había de realizarse siguiendo el criterio de la participación en el patrimonio social. Además, no llevan razón los recurrentes puesto que las aportaciones no se determinan por los kilogramos de uva aportados por los socios o por el cupo correspondiente a cada socio. Las aportaciones sociales, según prevén los estatutos sociales en términos acordes con el art. 55 de la ley autonómica, se realizarán en moneda de curso legal o pueden consistir en bienes y derechos susceptibles de valoración económica por el consejo rector, previo informe de un experto independiente.

La cuestión relativa a la aplicación del art. 329.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ante la supuesta negativa de la demandada a una exhibición documental, y la de la carga de la prueba, al ser de carácter procesal no pueden ser planteadas en el recurso de casación, circunscrito a las infracciones de normas sustantivas.

OCTAVO.- Enunciación de los motivos segundo y cuarto del recurso

1.- El segundo motivo del recurso de casación se encabeza con el siguiente epígrafe: «Por infracción de los artículos 61 y 69 de la Ley de Castilla-La Mancha 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha, y artículos 51 y 59 de la Ley Estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, relativos al reembolso de las

aportaciones de los socios en caso de baja de éstos en la Cooperativa y la deducción por pérdidas en dichas liquidaciones; e infracción de los artículos 34.1 , 34.2 y 34.3.b) de la Ley de Castilla-La Mancha 20/2002, de 14 de noviembre , de Cooperativas de Castilla-La Mancha, y artículos 20 y 21.2.a) de la Ley Estatal 27/1999, de 16 de julio , de Cooperativas, relativos a la eficacia de los acuerdos adoptados por la Asamblea General de las Cooperativas y su competencia para decidir sobre la imputación de pérdidas; vulnerando con ello la doctrina jurisprudencial según la cual un cooperativista se da de baja antes de que se produzca la imputación de las pérdidas del ejercicio a los cooperativistas, no queda obligado a su pago o compensación con la aportación realizada, pues para él no ha surgido la obligación de pago al no formar parte de la Cooperativa cuando ésta adopta el acuerdo de imputación, acuerdo al que es ajeno»

2.- En el motivo, los recurrentes pretenden que se fije la siguiente doctrina jurisprudencial: «Si un cooperativista se da de baja antes de que se produzca la imputación de las pérdidas del ejercicio a los cooperativistas no queda obligado a su pago o compensación con la aportación realizada, pues para él no ha surgido la obligación de pago al no formar parte de la Cooperativa cuando ésta adopta el acuerdo de imputación, acuerdo al que es ajeno».

3.- Los razonamientos expuestos para fundar el motivo consisten en que en la asamblea general de la Cooperativa de 24 de febrero de 2008, que aprobó las cuentas del ejercicio 2006-2007, en el que se produjeron las bajas de los demandantes, se acordó imputar las pérdidas del ejercicio a una cuenta especial para amortizarlas con cargo a futuros resultados positivos, dentro del plazo máximo de diez años. En consecuencia, la decisión del consejo rector de la Cooperativa, en su sesión de 14 de mayo de 2008, de aplicar a los socios que solicitaron la baja deducciones consistentes en las pérdidas acumuladas hasta ese momento es ilícita porque contraría el acuerdo de la asamblea general.

4.- Además se alega que la forma concreta en que se han imputado las pérdidas a los socios demandantes es contraria al resultado de las pruebas practicadas, pues la ley de cooperativas no permite la imputación de pérdidas en función de la actividad cooperativizada de los cinco años anteriores, sino solo del año en que se producen las pérdidas, pues aunque ello no está prohibido, tampoco está permitido, y todo lo no prohibido debe considerarse permitido, pues se trata de una cuestión que restringe el derecho del socio a causar baja.

5.- Analiza posteriormente el recurso las circunstancias fácticas concurrentes en cada demandante, relativo a su fecha de ingreso, su cupo, la evolución de este, etc. Se afirma también que la contabilización de las supuestas pérdidas se hizo “ad hoc” para imputarlas a los socios que habían pedido la baja.

6.- El cuarto motivo del recurso de casación se encabeza con el siguiente epígrafe: «Por infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al enriquecimiento injusto o enriquecimiento sin causa, al confirmar la deducción de las pérdidas de las liquidaciones practicadas a los demandantes con motivo de su baja voluntaria».

7.- En este motivo se reiteran en lo sustancial los argumentos expuestos para fundamentar el segundo motivo del recurso, enlazándolos con la doctrina jurisprudencial que se invoca, la del enriquecimiento sin causa, por cuanto que la deducción de la partida correspondiente a pérdidas del importe del reembolso de las aportaciones no se funda en precepto legal alguno.

8.- Los motivos se resolverán conjuntamente por la estrecha conexión existente entre ellos.

NOVENO.- Valoración de la Sala. La deducción de pérdidas imputables al socio en el reembolso de las aportaciones sociales

1.- El motivo del recurso incurre en contradicción, puesto que la doctrina jurisprudencial cuyo establecimiento solicita no tiene que ver con la argumentación que se esgrime para fundamentar la petición.

2.- La petición de fijación de doctrina jurisprudencial no puede estimarse porque es contraria a la regulación legal de la liquidación del reembolso de las aportaciones sociales en la ley autonómica. Si el art. 61.2.a de la ley autonómica prevé que puedan deducirse las pérdidas imputadas o imputables al socio reflejadas en el balance de cierre del ejercicio en el que se produzca la baja, es evidente que la imputación de las pérdidas será por lo general posterior a la solicitud de baja del cooperativista, pues ha de transcurrir el ejercicio social, formularse y aprobarse las cuentas en las que se incluya el balance, y serán las pérdidas reflejadas en dicho balance las que se deduzcan, en la parte que corresponda, de las aportaciones del socio que se ha dado de baja en ese ejercicio social. Por tanto, no es imprescindible que la imputación de pérdidas esté ya realizada en el momento en que el socio solicite la baja para que puedan deducirse de la aportación a reembolsar.

3.- Respecto de la contradicción entre el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales de la cooperativa adoptado por la asamblea y el acuerdo del consejo rector por el que se deducían las pérdidas reflejadas en el balance del reembolso de aportaciones a los socios que solicitaron la baja, el razonamiento de la Audiencia Provincial es correcto. Una vez computadas las pérdidas en el balance, el acuerdo de imputarlas a una cuenta especial para amortizarlo con cargo a futuros resultados positivos, dentro del plazo máximo de diez años, ha de entenderse aplicable a los socios que permanecen en la cooperativa, a los que no se les quiere gravar de momento con nuevas aportaciones, sin perjuicio de que haya que hacerlo en el futuro si no se producen resultados positivos con los que compensarlas. Ello es acorde con un criterio de

empresa en funcionamiento. Pero respecto de los socios que solicitan la baja en la cooperativa, ha de aplicarse un criterio de liquidación, tomando en consideración que el capital que el socio aporta a la cooperativa es un capital de riesgo, que puede disminuir o incluso desaparecer como consecuencia de la imputación de las pérdidas de la cooperativa, hasta el punto de que el importe de la liquidación del reembolso resultara deudor para el socio (art. 61.3 de la ley autonómica).

No es razonable que las pérdidas producidas mientras el socio permaneció como tal en la cooperativa no se deduzcan de las aportaciones que se le reembolsan por el hecho de que se haya hecho uso de la previsión del art. 69.1 de la ley autonómica y dichas pérdidas hayan sido imputadas a una cuenta especial para su amortización con cargo a futuros resultados positivos, dentro del plazo máximo de diez años. Ello supondría hacer cargar con la totalidad de las pérdidas a los socios que permanezcan en la cooperativa, pese a haberse producido en un periodo en que quienes se dan de baja participaban en la actividad cooperativizada que generó las pérdidas.

4.- Tampoco se comete la infracción de ningún precepto legal por la aplicación de un periodo de cinco años para el criterio de la actividad cooperativizada que ha de regir la imputación de pérdidas. Los recurrentes reconocen que su pretensión de que el periodo que ellos sostienen, de un año, no está previsto en ningún precepto legal, ni tampoco el de cinco años prohibido.

La afirmación de que en esta materia lo que no está permitido no está prohibido carece de cualquier sustento legal en esta materia. Además, lo mismo podría aplicarse a su pretensión de aplicación del periodo de un año.

Tampoco justifican los recurrentes su afirmación de que el criterio seguido por la Cooperativa restringe el derecho del socio a causar baja y recuperar su aportación.

5.- El resto de consideraciones que se hacen en el motivo son ajenas al ámbito del recurso de casación, por cuanto que se critica la actividad probatoria de la Audiencia, se parte de bases fácticas ajenas a las de la sentencia recurrida, y se plantean de nuevo las cuestiones litigiosas en toda su amplitud fáctica, pretendiendo se realice una nueva valoración de los documentos obrantes en el proceso, lo que es improcedente en el recurso de casación.

Lo expuesto justifica la desestimación del motivo segundo.

6.- Los argumentos que han servido para desestimar el motivo segundo del recurso sirven asimismo para desestimar el cuarto. En tanto la deducción del importe de las pérdidas se funda en la previsión del art. 61.2.a de la ley autonómica, falta el requisito de ausencia de causa que justifique el desplazamiento patrimonial necesario para que haya existido un enriquecimiento injusto.

DÉCIMO.- Enunciación del tercer motivo de casación

1.- El tercer motivo se encabeza con el siguiente título: «Por infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al enriquecimiento injusto o enriquecimiento sin causa, al confirmar la deducción de las inversiones no amortizadas de las liquidaciones practicadas a los demandantes con motivo de su baja voluntaria».

2.- El motivo se fundamenta en que la deducción de las liquidaciones de los reembolsos hechos a los socios demandantes con motivo de su baja de la cooperativa, de las inversiones no amortizadas, supone un enriquecimiento injusto para la Cooperativa.

Alegan que pese a que la Audiencia califica tales partidas como “obligaciones asumidas cuando era socio”, no existe ninguna obligación en tal sentido asumida por los demandantes. Tampoco existe acuerdo alguno de la Cooperativa para realizar tales inversiones. No existe ninguna causa legal que permita hacer deducción por inversiones a los demandantes hoy recurrentes. Concluyen los recurrentes cuestionando que los demandantes deban pagar unas inversiones de las que no van a disfrutar en el futuro pues lo lógico es que las paguen quienes van a disfrutar de ellas, tanto más cuando lo que motivo su solicitud de baja fue el acuerdo adoptado en la asamblea general de 26 de noviembre de 2006 de establecer una obligación de permanencia de cinco años para poder acometer con garantía tales inversiones.

UNDÉCIMO.- Valoración de la Sala. La deducción por inversiones no amortizadas

1.- La sentencia recurrida basa la desestimación de la impugnación de los demandantes contra la deducción, en la liquidación del reembolso de sus aportaciones, de las cantidades correspondientes a inversiones no amortizadas, en que el socio que abandona la cooperativa debe hacer frente a las obligaciones asumidas cuando era socio que no estuvieran amortizadas, pues mientras permaneció como socio se benefició de las inversiones y está obligado a cumplir los acuerdos, pues de lo contrario se produciría una situación de enriquecimiento injusto. Y basa su decisión en los arts. 55 y 61 de la ley autonómica de cooperativas.

2.- La Cooperativa recurrida, en su escrito de oposición, justifica la decisión de la Audiencia en que el art. 61 invocado por esta autoriza la deducción de las obligaciones pendientes de pago con la cooperativa, y las inversiones pendientes de pago constituyen obligaciones pendientes de pago del socio con la cooperativa, al ser inversiones realizadas cuando quienes solicitan la baja eran socios y se financiaron mediante la concertación de préstamos. Añade que no sería justo que los socios que permanecen en la Cooperativa deban atender el total de la deuda generada por las inversiones cuando fueron los demandantes quienes las acordaron y se han beneficiado de ellas. Finaliza su razonamiento argumentando que tanto la ley autonómica como los estatutos de la Cooperativa prevén que el incumplimiento del tiempo mínimo

de permanencia no exime al socio de su responsabilidad frente a terceros ni de las que hubiera asumido con la cooperativa por obligaciones asumidas e inversiones realizadas y no amortizadas.

3.- El art. 55 de la ley autonómica, que se cita por la Audiencia para fundar su decisión, es ajeno a la cuestión controvertida pues regula el capital social de las cooperativas.

El art. 61, que también se invoca, no contiene previsión que justifique la deducción de una partida por inversiones no amortizadas, pues estas no constituyen “obligaciones de pago que el socio tenga pendientes con la cooperativa”, sino obligaciones de pago que la Cooperativa tiene pendientes con sus acreedores.

4.- La amortización es un concepto contable, concretamente la expresión contable de la depreciación, desgaste y desuso de las inmovilizaciones. Si una inversión no está completamente amortizada es que todavía tiene un valor, por cuanto que el periodo de amortización no puede fijarse al libre arbitrio de la empresa sino que debe ajustarse a la vida útil del bien integrante del inmovilizado. Por tanto, la existencia de inversiones no amortizadas supone que en el patrimonio de la cooperativa quedan bienes que fueron adquiridos mientras los demandantes eran socios de la Cooperativa y que todavía pueden prestar un servicio a los socios que permanecen en la misma. No se entiende cómo ello puede justificar que se realicen deducciones del reembolso a los cooperativistas que se dan de baja.

5.- Si lo que se pretende deducir es la deuda pendiente por la financiación de determinadas inversiones, como parece desprenderse de la explicación que de esta partida dan las partes, y la propia sentencia de primera instancia (cuantía que «resulta de las inversiones realizadas por la Cooperativa y pendientes de pago según el último balance», se afirma), el art. 61 de la ley autonómica permite deducir las pérdidas no compensadas, pero no las cantidades pendientes de pago por la financiación de inversiones de la Cooperativa.

Mientras los demandantes fueron socios, la Cooperativa hubo de realizar los pagos correspondientes a ese periodo de la financiación de las inversiones. Tales pagos determinaron los resultados económicos de la cooperativa en esos ejercicios, que han repercutido en los hoy demandantes, por cuanto se les han deducido las pérdidas producidas hasta la finalización del ejercicio en que se dieron de baja en la Cooperativa, y en la producción de esas pérdidas influyó haber realizado, entre otros, los pagos de las cuotas de la financiación de las inversiones. No existe base legal para pretender que, además, se les deduzca la parte que queda todavía por abonar de tal financiación, cuyo corresponderá a un periodo durante el que los demandantes no podrán disfrutar ya de tales inversiones.

6.- Los argumentos dados por la recurrida respecto a que fueron los hoy demandantes quienes acordaron realizar las inversiones o que la ley prevé que el incumplimiento mínimo de permanencia no exime al socio de responsabilidad frente a terceros o con la cooperativa por inversiones realizadas y no amortizadas, no pueden ser tomados en consideración, pues parten de una base fáctica diferente a la que se alegó en la contestación a la demanda para oponerse a la pretensión ejercitada, y es también diferente a la que la Audiencia ha usado para adoptar el pronunciamiento cuestionado.

Por consiguiente, procede estimar este motivo del recurso, puesto que la deducción, en la liquidación del reembolso de las aportaciones de los demandantes, de la partida correspondiente a las inversiones no amortizadas o pendientes de pago, no está justificada legalmente, por lo que no ha sido correctamente aplicada la institución del enriquecimiento sin causa en la sentencia recurrida.

Este pronunciamiento supone casar en parte la sentencia de la Audiencia Provincial y desestimar el recurso de apelación de la Cooperativa.

DUODÉCIMO.- Costas

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso extraordinario por infracción procesal deben ser impuestas a los recurrentes. También procede acordar la pérdida del depósito constituido para la interposición de tal recurso, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

2.- La estimación parcial del recurso de casación conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las de tal recurso.

Procede imponer a la Cooperativa demandada las costas del recurso de apelación puesto que el mismo ha de ser desestimado. Procede asimismo mantener el pronunciamiento relativo a no hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación interpuesto por los demandantes, pues su estimación fue parcial, ni de las costas de primera instancia, pues la estimación de la demanda sigue siendo parcial. Todo ello de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Procede acordar la devolución a la parte recurrente del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.»

* **Auto TS de 11 de febrero de 2014 (Civil) (JUR 2014\53518)**

Ponente: Ignacio Sancho Gargallo

Resumen: *Condena a cooperativa al pago de cantidad derivada de un préstamo entre el actor cooperativista contra la cooperativa demandada, el TS inadmite del recurso de casación interpuesto por la cooperativa en que, entre otros motivos se alegaba la jurisprudencia de que “...los socios cooperativistas no pueden ser considerados como terceros frente a los actos y contratos realizados en nombre de la Cooperativa...”, y que tal y como ha quedado probado los socios en general (la cooperativa) no han sido capaces, o las circunstancias no les han permitido, generar la liquidez necesaria para poder hacer efectivo ese crédito, no se puede entender a la cooperativa como ente abstracto sino como la suma de las necesidades comunes de todos los socios.*

Fundamentos de Derecho

«2.- La parte demandada y apelante en la instancia, hoy recurrente, ha interpuesto el recurso de casación al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC . El recurso se desarrolla en cuatro motivos.

En el primero denuncia la infracción del art. 1258 y 1282 del Código Civil , en relación, a la naturaleza del socio cooperativista en las relaciones contractuales con su cooperativa, a tenor de la doctrina que siguen las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2002 , 14 de abril de 2003 y 19 de octubre de 2005 , en cuanto que “...los socios cooperativistas no pueden ser considerados como terceros frente a los actos y contratos realizados en nombre de la Cooperativa...”, mantiene la recurrente que tal y como ha quedado probado los socios en general (la cooperativa) no han sido capaces, o las circunstancias no les han permitido, generar la liquidez necesaria para poder hacer efectivo ese crédito, no se puede entender a la cooperativa como ente abstracto sino como la suma de las necesidades comunes de todos los socios.

El motivo formulado en estos términos no puede ser admitido, incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 477.2 y art. 483.2 , 3º de la LEC , en cuanto la alegación de oposición a la jurisprudencia de la Sala, carece de consecuencias para la decisión del conflicto atendida la “ratio decidendi”, de la sentencia recurrida, que concluye “... no consta que el Consejo Rector haya llevado a la asamblea general una propuesta de acuerdo de no abonar los préstamos y aplazamientos adoptados en la asamblea de 7 de mayo de 2005. Sólo la asamblea general puede modificar un acuerdo de ese órgano. No corresponde al Consejo Rector, ni legal ni estatutariamente, la facultad de sustituir el criterio de la asamblea general ...”, teniendo en cuenta que la Audiencia parte en este caso concreto, de la falta de competencia del Consejo Rector,

para modificar el acuerdo de aplazar los pagos, no se considera vulnerada la doctrina que invoca la recurrente.

En el segundo cita la infracción por aplicación del art. 1281, del Código Civil, en relación con la jurisprudencia seguida en las sentencias de esta Sala de 6 de julio de 2006 y 14 de noviembre de 2003, que permiten la revisión casacional cuando la interpretación de una norma jurídica conduzca a una situación contraria a derecho, en cuanto el contrato en el que basa su pretensión, el demandante, no refleja la voluntad de la asamblea general, pues están firmados por el Gerente de la cooperativa, en virtud de poderes otorgados por el consejo rector, en los que se establecen unos vencimientos anticipados para que los socios puedan recuperar parte del capital aportado.

El motivo no puede ser admitido, la infracción invocada es meramente instrumental, denuncia el error en la interpretación de los contratos en los que se documentó la forma aplazada del pago de las cantidades que eran prestadas y que se reconocen como debidas por la propia demandada, hoy recurrente, plantea a través del motivo una interpretación que lleva a modificar su exigibilidad en el tiempo y, sobre este extremo la Audiencia concluye que, no consta notificación alguna, ni ha propuesto prueba al respecto la cooperativa que permita constatar que el socio cooperativista tuvo conocimiento de los acuerdos de no abonar los préstamos y aplazamientos adoptados en la asamblea de 7 de mayo de 2005, de manera que el alegado interés casacional resulta inexistente, por cuanto la aplicación de la jurisprudencia de la Sala que ha sido invocada solo puede llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la omisión de los hechos que la Audiencia ha considerado probados.

En el motivo tercero cita la infracción del art. 1258 del Código Civil, en relación a la jurisprudencia referente a la cláusula "*Rebus sic stantibus*", contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2000 y 27 de mayo de 2002, mantiene la recurrente que se dan los requisitos establecidos jurisprudencialmente y que no han sido tenidos en cuenta por la Audiencia, pues a tenor de las cuentas anuales presentadas queda probado la situación de auténtico colapso financiero provocado por esta crisis, desproporción exorbitante, por las cantidades vencidas, imprevisibilidad de las circunstancias sobrevenidas, denunciando en este motivo y en relación a esta cuestión falta de motivación de la sentencia recurrida.

El motivo tampoco puede ser admitido, por varias razones: a) la precaria situación económica que la Audiencia reconoce, no justifica el incumplimiento de la obligación de hacer frente al pago de las obligaciones que fueron contraídas por la cooperativa, no aprecia la Audiencia los requisitos para la aplicación de la doctrina invocada, teniendo en cuenta dos premisas: (i) el largo aplazamiento, préstamo a diez años con cinco años de carencia; (ii) la voluntad del máximo órgano de la cooperativa, la asam-

blea general, sigue inalterada, no se ha propuesto una modificación del acuerdo adoptado por la Asamblea General el 7 de mayo de 2005, de manera que, el alegado interés casacional resulta inexistente pues la resolución del problema jurídico planteado depende de las circunstancias fácticas que se dan en el presente caso; b) la falta de motivación de la sentencia recurrida, es una cuestión procesal que debe ser revisada, en su caso, a través del recurso extraordinario por infracción procesal, como ha pronunciado esta Sala en numerosas resoluciones, pues el recurso de casación tiene por exclusivo objeto, conforme a su naturaleza, el examen de cuestiones civiles o mercantiles de carácter sustantivo, pero en ningún caso de orden procesal.

En el motivo cuarto, se alega la infracción de la aplicación indebida de la Ley 4/1993 de 24 de junio de Cooperativas de Euskadi, en concreto del art. 1 en relación con la jurisprudencia establecida en las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 2 de marzo de 2011 y 19 de octubre de 2005, que señalan el principio de solidaridad que debe presidir el sistema Cooperativista, mantiene la recurrente que en el presente caso si el socio obtiene su derecho de cobro de forma individual provocaría un enriquecimiento injusto, pues ha quedado probado que en virtud de un acuerdo del consejo rector se decide no hacer frente a los vencimientos de los préstamos por razones de tesorería, medida que afecta con carácter igualitario a todos los socios.

El motivo no puede ser acogido, incurre en causa de inadmisión pues la oposición a la jurisprudencia de la Sala carece de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, que concluye : (i) si la sociedad cooperativa decidió acudir a este sistema de financiación en lugar de ampliar capital no es cuestión que corresponda analizar en este procedimiento; (ii) solo la asamblea puede modificar un acuerdo de ese órgano; (iii) no consta notificación alguna, ni ha propuesto prueba al respecto la cooperativa, que permita constatar que el socio cooperativista tuvo conocimiento de los acuerdos discutidos, lo que en su caso le podría haber dado la oportunidad de impugnarlos; no ataca la recurrente la verdadera “*ratio decidendi*” de la sentencia recurrida, por tanto, el alegado interés casacional resulta inexistente, y el motivo incurre en la causa de inadmisión del art. 477.2 y art. 483.2, 3º de la LEC .

Dada la fundamentación expuesta, no pueden acogerse las alegaciones que la parte recurrente realiza en escrito presentado ante esta Sala el 19 de diciembre de 2013, tras el trámite previo a esta resolución, el recurso incurre en relación a los cuatro motivos, en la causa de inadmisión prevista en el art. 477.2, 3º y art. 483.2, 3º de la LEC , de inexistencia de interés casacional.»

* STS de 24 de febrero de 2014 (Civil) (RJ 2014\1154)

Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel

Resumen: *Caducidad de la impugnación de acuerdo de exclusión de socios: vencimiento del plazo de un año a contar desde la fecha del acuerdo. No tiene la condición de impedimento para el ejercicio del derecho la pendencia de procesos entre las mismas partes, pese a que la materia de que en ellos se trataba era la validez de la sanción de multa, cuyo incumplimiento precisamente determinó la exclusión de los tres socios sancionados. El acuerdo de exclusión debería haber sido impugnado sin necesidad de esperar a que se declarase la validez del referido a la multa - asumiendo el riesgo de que, en otro caso, la sanción supletoria quedaría anulada por repercusión.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- Resumen de los antecedentes.

I.- El once de diciembre de dos mil ocho, la sociedad cooperativa andaluza San Francisco de Albarchez de Mágina adoptó el acuerdo de imponer a tres de sus socios una sanción de multa, después de tramitar los correspondientes procedimientos disciplinarios por falta muy grave.

Previamente a la iniciación del proceso del que dimana el recurso de casación que hemos de decidir, los socios sancionados interpusieron sendas demandas contra la cooperativa, con la pretensión de que se declarase la nulidad de los respectivos expedientes y, subsidiariamente, la prescripción de las faltas por las que estos habían sido instruidos.

Dichas demandas fueron desestimadas por sentencias que ganaron firmeza.

Los estatutos de la sociedad -artículo 19.6- establecían que al socio que, en el plazo de un mes no pagase la multa que le hubiera sido impuesta por falta muy grave, se le aplicaría la sanción de exclusión.

El consejo rector de la cooperativa, por darse el referido impago, acordó, el diecinueve de enero de dos mil nueve -varios meses antes de que el Juzgado de Primera Instancia dictara las sentencias desestimatorias de las demandas antes mencionadas, excluir a los tres socios sancionados.

Dichos socios interpusieron la demanda que dio origen al proceso causante del recurso de casación, con la pretensión de que ese acuerdo fuera declarado nulo.

El artículo 56, apartado 4, de la entonces vigente Ley 2/1999, de 31 de marzo, de sociedades cooperativas andaluzas, al que se remitía el 33 de los estatutos de la demandada, vinculaba la caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos meramente nulos al vencimiento del plazo de un año, desde la fecha en que se hubieran tomado.

Con ese apoyo normativo la cooperativa demandada, en su escrito de contestación, opuso la caducidad de la acción ejercitada contra su acuerdo de exclusión, por haber vencido el referido plazo de un año cuando la demanda fue interpuesta, a contar desde la fecha del acuerdo.

Los Tribunales de las dos instancias negaron que se hubiera producido la caducidad y estimaron la demanda, por lo que señalaron a los demandantes un nuevo plazo para que cumplieran la sanción económica que, en su día, les fue impuesta.

La argumentación que, en la sentencia de apelación, dio soporte a tal decisión -en el extremo referido a la caducidad- fue, en síntesis, la siguiente: (a) debía considerarse día inicial del cómputo del plazo de caducidad el que, para la prescripción, establece el artículo 1969 del Código Civil; (b) los demandantes impugnaron la sanción económica que les fue impuesta, mediante demandas que dieron lugar a los correspondientes procesos judiciales; y (c) durante la tramitación de éstos “*se adoptó el acuerdo de exclusión, el diecinueve de enero de dos mil nueve, y si bien tuvieron conocimiento de ello el día veintiuno, [...]no tenían que ejercitar la acción de nulidad dentro del plazo de caducidad que prevé el artículo 56.4 de la Ley de sociedades cooperativas andaluzas (un año), ya que, de haber actuado así [...], se habría alegado la excepción de litispendencia, pues no se trataba de cuestiones independientes, sino relacionadas en definitiva unas con otras, siendo la exclusión consecuencia de no haber abonado la sanción impuesta que, como decimos, había sido impugnada ante los órganos judiciales*”.

II.- Contra la sentencia de segunda instancia interpuso la cooperativa demandada recurso de casación, por un único motivo.

SEGUNDO.- Enunciado y fundamentos del único motivo del recurso de casación.

Aunque no en el epígrafe del motivo, denuncia sociedad cooperativa San Francisco de Albaladejo de Mágina la infracción de los artículos 56, apartado 4, de la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de cooperativas andaluzas, en relación con el 1969 del Código Civil.

Alega la recurrente que las acciones ejercitadas en la demanda habían caducado, dado que (a) el artículo 33 de sus Estatutos sociales se remitía al 56, apartado 4, de la Ley 2/1999, el cual señalaba un plazo anual de caducidad de la acción de impugnación, a contar desde la adopción del acuerdo; y (2º) que el de exclusión fue adoptado por su consejo rector el diecinueve de enero de dos mil nueve y la demanda no se interpuso hasta el veintiséis de julio de dos mil diez.

Añade que el artículo 1969 del Código Civil es aplicable a la prescripción extintiva, no a la caducidad; que, aunque se entendiera lo contrario, dicho precepto deja fuera de su ámbito los casos en los que una disposición especial otra cosa determine sobre el comienzo del cómputo; y que eso era lo que sucedía con la norma señalada

en el motivo como infringida, dado que según ella el tiempo de caducidad corre desde que se adoptó el acuerdo.

Sostiene que los demandantes pudieron impugnar el acuerdo de expulsión y debieron haberlo hecho en el repetido plazo anual para que la acción no caducara; así como que, realmente, optaron por pedir cautelarmente la suspensión del acuerdo, lo que les fue concedido, tardíamente y sólo hasta ser desestimada la demanda en la primera instancia.

Finalmente, califica la recurrente como suposición gratuita afirmar -cual hizo el Tribunal de apelación- que, de haber interpuesto los demandantes una segunda demanda dentro de plazo anual y sin haber sido decididos los primeros procesos -en los que, como se dijo, se discutía la validez de la sanción de multa-, ella les habría opuesto la excepción de litispendencia. Entiende que eso no era cierto y, sobre todo, que no era correcto, porque lo que habría alegado en ese caso sería una prejudicialidad civil, que hubiera provocado la suspensión del segundo proceso o su acumulación al primero.

TERCERO.- Estimación del motivo.

Mediante la caducidad el legislador pretende limitar el tiempo de ejercicio del derecho de que se trate, porque valora la conveniencia de que las situaciones jurídicas afectadas estén sólo temporalmente sometidas a la posibilidad de revisión. Por ello, que se produzca o no la caducidad depende del hecho objetivo de la falta de ejercicio del derecho en el tiempo establecido.

La jurisprudencia ha señalado en numerosas ocasiones cual es la función de la caducidad -sentencia 1166/2008, de 29 de febrero(sic)- y cuales las diferencias existentes entre ella y la prescripción extintiva -sentencias de 26 de junio de 1974, 31 de octubre de 1978, 25 de mayo de 1979, 666/2002, de 2 de julio, 881/2010, de 20 de diciembre, entre otras-.

El inicio del plazo de caducidad -que es, al fin, lo que en el recurso se discute- lo establece, en ocasiones, la propia norma reguladora; unas veces con carácter general -como hace el artículo 329 del Código Civil portugués, al atender al momento "*em que o direito puder legalmente ser exercido*"-; y, otras, en las normas singulares aplicables al derecho -así, en los casos resueltos en las sentencias 756/2004, de 20 de julio, 727/2008, de 17 de julio, entre otras muchas-.

Señala con razón la recurrente que el artículo 56, apartado 4, de la Ley 2/1999, de sociedades cooperativas andaluzas, determina expresamente cual es el inicio del tiempo de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos, pues dispone que el mismo empieza a correr desde la fecha en que se adoptaron.

Hay que señalar que no se ha puesto en duda que la sanción de exclusión de los demandantes fue decidida por un acuerdo del consejo rector de la cooperativa recu-

rente. Por otro lado, en la sentencia recurrida se consideró nulo el acuerdo, que no mereció el reproche de ser contrario al orden público, por su causa o contenido -caso en el que la propia norma excluye la caducidad de la acción-.

Es cierto que los impedimentos iniciales al ejercicio del derecho merecen, como regla, ser tomados en consideración. Pero no tiene esa condición la pendencia de otros procesos entre las mismas partes, pese a que la materia de que en ellos se trataba -“*res de qua agitur*”- era la validez de la sanción de multa, cuyo incumplimiento precisamente determinó la exclusión de los tres socios sancionados.

Es evidente que la validez de la primera sanción -judicialmente declarada, al fin-constituyó antecedente lógico de la segunda, de modo que ésta, como subsidiaria, carecía de sentido si aquella hubiera sido anulada.

Sin embargo, la dependencia de una sanción respecto de la otra no se entiende absoluta, en la medida en que podría ser declarada la invalidez de la exclusión pese a la validez de la multa.

De ello resulta que sea razonable dar a la caducidad de los dos acuerdos sancionadores una cierta independencia en orden a su impugnación y, por ello, a la caducidad de las respectivas acciones.

Consecuentemente, como la cooperativa demandada goza, dentro de los límites generales, de libertad en la organización de su sistema disciplinario y la interpretación dada por ella a sus propios estatutos resulta razonable, procede entender que, como afirma, el acuerdo de exclusión debería haber sido impugnado sin necesidad de esperar a que se declarase la validez del referido a la multa -asumiendo el riesgo de que, en otro caso, la sanción supletoria quedaría anulada por repercusión-.

Lo que significa estimar el recurso de casación, así como el de apelación y desestimar la demanda.»

* STS de 28 de febrero de 2014 (Civil) (RJ 2014\1160)

Ponente: José Antonio Seijas Quintana

Resumen: *Legitimación activa de cooperativa para reclamar los daños y perjuicios contra constructora derivados de una obra mal hecha pese a haber vendido casi la totalidad de las viviendas. En ningún caso la legitimación de los propietarios borra la legitimación de los promotores que contrataron con los constructores y técnicos y conservan acción para exigir el correcto cumplimiento del contrato y, además, la cooperativa asume una posición de defensa de sus miembros bajo el mandato conferido al Consejo Rector por la Asamblea, para exigir la responsabilidad por vicios constructivos y defectos de la obra, tanto por la vía de la LOE como la del incumplimiento contractual del CC.*

Nota: ver comentario de la Profesora Gemma Fajardo a la STS de 27 de junio de 2007, en la Revista de Derecho Mercantil, nº 269, julio-septiembre de 2008, pp. 1194-1205).

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- La parte actora, Residencial Alcalá, Sociedad Cooperativa Andaluza, reclamó a Corsan Corviam Construcción, S.A. los daños derivados de una deficiente ejecución de la obra convenida en el contrato suscrito por ambas partes por importe de 7.013.619,84 euros. El Juzgado de 1ª Instancia condenó a la constructora al pago de 52.755,23 euros y 1.095 euros en concepto de reparaciones abonadas por la actora a cargo de la demandada, así como la cantidad de 1.439.599 euros, como importe de los defectos en la construcción, mas un 3% de la indicada suma para seguridad y salud, un 19% de beneficio industrial, y el 16% de IVA, más la cantidad que se acredite abonada por la actora en concepto de impuestos, tasas y honorarios profesionales devengados directamente por la ejecución de las reparaciones.

Ambas partes formularon recurso de apelación los cuales fueron desestimados por la Audiencia Provincial, que confirmó en su integridad la sentencia del Juzgado.

La mercantil constructora formuló un doble recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. Únicamente ha sido admitido el segundo.

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos denuncian la falta de legitimación de la promotora para reclamar los daños y perjuicios derivados de la existencia de defectos constructivos, pues en el momento de interponer la demanda había transmitido 160 de las 170 viviendas que formaban parte de la promoción. Es decir, está reclamando una indemnización por defectos en unas viviendas que son propiedad de terceros. Se citan los artículos 1591 del Código Civil y 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, respectivamente.

Ambos se desestiman.

La sentencia recurrida rechazó la excepción de falta de legitimación *“no solo porque la Cooperativa actora no se encontraba disuelta al momento de interponer la presente demanda a pesar de la transmisión a los cooperativistas o terceros de la mayor parte de las viviendas (consta acreditado acuerdo de la Asamblea de dicha entidad para exigir la responsabilidad por vicios constructivos y defectos de obra en protección del interés de los socios a pesar de la adquisición de dichas viviendas); sino porque es reiterada la doctrina jurisprudencial (STS de 7 de noviembre de 2005 entre otras), que la entidad que actúa como promotora de obras de edificación conserva su legitimación aun cuando haya vendido, pues la responsabilidad solidaria del constructor y promotor frente a los terceros adquirentes de las viviendas, trae derivativamente su causa del contrato de obra (en ningún caso la legitimación de los propietarios borra la legitimación de los promotores que contrataron con*

los constructores y técnicos y conservan acción para exigir el correcto cumplimiento del contrato en base al vínculo nacido precisamente del mismo (STS 27 de abril de 1995 y 3 de julio de 2000) y todo ello sin olvidar, la existencia de otros procedimientos judiciales en los que la mercantil hoy demandada Corsan-Corviam Construcción SA formuló la correspondiente demanda contra la ahora actora en reclamación de parte del precio del contrato que la vinculaba reconociéndole a todos los efectos personalidad jurídica (nuestro Constitucional viene reiterando que no puede desconocerse la legitimación en un procedimiento a quien expresamente se le tiene reconocida fuera del mismo). “

Para combatir esta afirmación se invoca una doble normativa contraria en el tiempo, como es el artículo 1591 del Código Civil y el 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación , ignorando la legitimación que deriva del contrato de ejecución de obras que suscribió con la constructora para exigir su correcto cumplimiento con base en el vínculo nacido precisamente del mismo.

Es cierto que la sentencia de esta Sala, citada en la recurrida, de 7 de noviembre 2005, da respuesta a la legitimación de una promotora a partir del artículo 1591 del Código Civil , pero también lo es que no es el único argumento que justifica esta legitimación. La sentencia de 28 de febrero 2011 precisa esta diferente normativa de aplicación en razón al tiempo en que se le inició la construcción y que sería en este caso la LOE. Pero la solución sería la misma puesto que la Cooperativa demandante ostenta una situación o asume una posición de defensa de intereses de sus miembros o cooperativistas que le capacita para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses concertados con los miembros a quien representa bajo el mandato que le había sido conferido al Consejo Rector por la Asamblea, para exigir la responsabilidad por vicios constructivos y defectos de la obra en interés de los socios cooperativistas, tanto por la vía de la LOE como la del incumplimiento contractual de los artículos 1.101 y siguientes del CC.

(...).»

* STS de 5 de junio de 2014 (Penal) (RJ 2014\3913)

Ponente: Manuel Marchena Gómez

Resumen: *Responsabilidad penal de Presidente y Vicesecretario de cooperativa. Delito de administración desleal: presidente de cooperativa que concertó ventas de vino con terceros, mediante pago en efectivo, sin reflejo contable en la entidad que presidía, disponiendo del importe de las mismas. Delito de falsedades: certificaciones suscritas por el secretario de la cooperativa y el presidente en las que se recogía falazmente la existencia de un acuerdo del Consejo Rector y una autorización expresa al segundo, que tuvo como finalidad la obtención de cierta financiación.*

Fundamentos de Derecho

«1.- La sentencia núm. 19/2013, dictada con fecha 25 de junio de 2013 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, condenó al acusado Octavio como autor criminalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil y un delito de administración desleal (...). También condenó al acusado Rodolfo en calidad de autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil (...)

Ambos acusados interponen recurso de casación (...).

RECURSO DE Octavio

(...)

3.- El segundo de los motivos, con cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE.

A juicio de la defensa, la condena del recurrente se ha producido como consecuencia de una serie de prejuicios del Tribunal a quo respecto de Octavio. Esos prejuicios -de los que la sentencia de instancia daría buena prueba- han condicionado la racionalidad de la valoración probatoria. Las referencias al "... régimen presidencialista" que habría ejercido el acusado, al "... comportamiento del Sr. Octavio en el acto del juicio" o a "... la forma activa que respondía" a las preguntas del Fiscal y de las partes, son sólo muestra de ese filtro que ha alterado la racionalidad de las conclusiones probatorias.

Reconoce la defensa como cierto el hecho de que el acusado no informaba puntualmente al Consejo Rector de sus decisiones. Pero de ahí a la existencia de un delito -se arguye- media un trecho. No ha quedado acreditado que él participara en la confección de las certificaciones cuya alteración ha dado lugar a su condena como autor de un delito de falsedad. Este hecho habría quedado acreditado por la declaración de numerosos testigos que dejaron clara la falta de participación de Octavio en la alteración de esas certificaciones. En realidad, era José Enrique, quien actuaba como Presidente de hecho de la entidad quien confeccionaba, en unión de su equipo, la contabilidad, las actas y las certificaciones. Eran ellos quienes contactaban con las entidades bancarias. El "visto bueno" del Presidente formal -el acusado- se otorgaba de manera automática, confiando en los responsables de su tramitación, sin revisar y, por tanto, sin ser consciente de cometer ninguna falsedad. En definitiva, la Audiencia ha optado por dar credibilidad a las manifestaciones autoexculpatorias de los coacusados - José Enrique y Bárbara -, pero no ha hecho lo propio con la versión y las explicaciones del recurrente.

La insuficiencia probatoria también afectaría a las bases fácticas del delito de administración desleal por el que se ha pronunciado condena. Se trata de elementos

de cargo obtenidos de la declaración de dos coimputados a los que se otorga plena credibilidad, alterando así la racionalidad del discurso inculpatario. De hecho, no faltaron otros testimonios -p.ej. Victoriano y Patricio - que dejaron bien claro quién era el que verdaderamente asumía las decisiones esenciales en el día a día del funcionamiento de la Sociedad Cooperativa Cristo de la Vega de Sucuéllamos. Las acusaciones - se arguye- no han podido acreditar fehacientemente cuánto dinero había realmente en caja, cuánto dinero se utilizó para pagar a trabajadores y otros gastos, y cuánto dinero se ingresó en la cuenta de la cooperativa.

No tiene razón la defensa y el motivo ha de decaer.

Es una obviedad afirmar que una condena penal nunca puede tener por fundamento la simpatía o antipatía que el acusado genere a los Magistrados integrantes del Tribunal que ha de enjuiciarle. Esa idea late, sin embargo, en el discurso argumental que da vida al motivo formalizado. No se habla de una pérdida de imparcialidad como consecuencia de una sobrevenida enemistad que haya podido anidar en los miembros del órgano decisorio. Se sostiene -quizás para eludir el reproche derivado de la no utilización por la defensa del mecanismo de la recusación como fórmula jurídica para asegurar la imparcialidad del órgano colegiado- que esa antipatía habría alterado las bases lógicas del razonamiento judicial.

Esta idea no puede ser compartida por la Sala.

La condena de Octavio no es el resultado de los "... inaceptables prejuicios" que haya podido generar su actitud ante el Tribunal. La declaración de su autoría tiene por fundamento sólidas pruebas inculpatorias que han sido ponderadas conforme a las exigencias impuestas por un sistema racional de valoración probatoria.

Las certificaciones incorporadas a la causa estaban emitidas por el coacusado Rodolfo -vicesecretario que actuaba en la calidad de secretario de la cooperativa-, con el "visto bueno" del recurrente Octavio. Ambos eran plenamente conscientes de la falsedad de esas certificaciones, que nacían a la vida jurídica con el aval de sus respectivas firmas. En el FJ 6º el Tribunal a quo explica que la documental aportada a las actuaciones (...) permite tener por acreditada la realidad de esas certificaciones, cuál era su contenido y qué se ocultaba bajo su aparente integridad, a saber, la inexistencia del acuerdo del Consejo Rector de la Cooperativa. Permiten conocer también quiénes las suscribían y, por tanto, atribuir a ambos el dominio del hecho sobre la alteración falsaria, infracción penal que, como es sabido, no responde a la estructura típica predicable de los llamados delitos de propia mano. Alude también la sentencia recurrida a la declaración de todos los testigos, que pusieron de manifiesto que "... en las reuniones del Consejo Rector nunca se trató el tema de las operaciones bancarias". De hecho, todos ellos fueron contestes en la absoluta falta de información por parte del acusado Octavio respecto de la suscripción de las operaciones crediticias

que han quedado reflejadas en el factum. En la valoración de la amplia prueba testifical practicada en el plenario, expresa la Audiencia que todos los testigos manifestaron "... que no eran informados de la llevanza de la sociedad, hasta el punto que los administradores que trabajaban en la misma, en concreto, Teodoro y Bárbara, no les podían informar de nada puesto que se lo había prohibido Octavio ". También destacan los Jueces de instancia el valor incriminatorio del testimonio de Faustino, quien había sido socio y presidente desde el año 2004 hasta el 2011. Éste afirmó que tuvo conocimiento con posterioridad de determinadas certificaciones para hacer operaciones bancarias para líneas de comercio exterior, pues "... en la época que Octavio fue Presidente, el tema de la financiación no pasaba por la Junta rectora".

No ha eludido la Audiencia la valoración de la prueba de descargo y de la tesis sostenida por el recurrente con el fin de oponerse a la hipótesis de la acusación. En efecto, en el mismo FJ 6º se aborda la falta de credibilidad de la explicación ofrecida por Octavio , quien trató de derivar la responsabilidad en la confección de esos certificados a los demás acusados, hasta el punto que su intervención sería puramente formal. Sin embargo, los Magistrados de instancia entienden que tal argumento se desvanece por sí mismo. Si así fuera, ¿cómo es posible que no informara nunca al Consejo Rector de la continua firma de esas certificaciones? Concluye la Audiencia con el siguiente razonamiento: "... no podemos hablar de un mero trámite, la autorización del Consejo Rector y la aportación de la certificación era un requisito imprescindible, bastaba que por su Presidente lo hubiese incluido en el orden del día de la Junta rectora, para que fuese tratado en la misma en su caso se tomaran las decisiones pertinentes".

La misma solidez probatoria aprecia esta Sala respecto del supuesto de hecho que ha dado pie a la apreciación del delito de administración desleal. Que el acusado Octavio era el verdadero gestor de la vida comercial de la cooperativa, es un hecho acreditado por los testimonios a los que nos hemos referido supra. Esa versión, además, es coincidente con la tesis de los coimputados que luego resultaron absueltos. La existencia de una Caja B, paralela a la verdadera contabilidad, es también un hecho cierto. El espacio decisorio del recurrente queda también de manifiesto por el examen de la agenda-libreta aportada como pieza núm. 1, en la que se recogen numerosos teléfonos de contactos que se dedicaban a la actividad de la elaboración del vino, sino también gestiones de compra y venta con proveedores. El desfase contable en que se habría materializado el perjuicio económico para la sociedad cooperativa, lo da por probado el Tribunal a quo a partir del dictamen pericial de Leon, quien en el acto del juicio oral ratificó su informe y explicó cómo había verificado "... las supuestas salidas de producto de la Cooperativa en base a la documentación de partes diarios de salida de la entidad". También había comprobado "... el listado completo de alba-

ranes emitidos por la Cooperativa para los períodos comprendidos entre el 1 de enero del 2001 y el 31 de diciembre de 2003 (...). A través de este sistema se realizaron 69 salidas de producto de las cuales (en) 9 no quedó reflejado el peso y una de ellas no se correspondía a vino”. En consecuencia, se concluye, “... los resultados de la cuenta de pérdidas y ganancias estaría infravalorada en 302.764,3 euros, siempre que no se hubiera producido omisión en gastos relacionados con estas operaciones de salida, la tesorería estaría infravalorada en este mismo importe. A lo que hay que añadir que con motivo de las actuaciones seguidas por la Agencia Tributaria, la suma de salidas por este concepto asciende a 76.765,81 euros, cantidad que habría que añadir a la anteriormente cuantificada y que también supondría una infravaloración en los resultados y en tesorería”. Por tanto, el importe total del perjuicio alcanzaría los 379.530,11 euros.

En suma, la amplia documentación de la que el Tribunal a quo se hace eco, las declaraciones testificales prestadas en el plenario, el testimonio de los coimputados y el dictamen pericial suscrito por Leon, son elementos probatorios que respaldan, más allá de toda duda razonable, la autoría de Octavio. Han sido valorados conforme a las máximas de experiencia, sin que pueda afirmarse la existencia del perjuicio valorativo que reivindica la defensa.

(...)

El esfuerzo argumental de la defensa y su intento de ofrecer una valoración alternativa de las pruebas personales, en la que quien dice la verdad sería el recurrente Octavio, mientras que el resto de testigos y coimputados estaría mintiendo en sus respectivos testimonios, está condenado al fracaso. Con ello se desborda el espacio alegatorio que el derecho a la presunción de inocencia autoriza cuando se esgrime en una queja casacional.

Por lo expuesto, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim):

4.-. El tercero de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia error de derecho, indebida aplicación del art. 392, en relación con el art. 390, ambos del CP.

La alteración de las certificaciones -aduce la defensa- era inocua. Se trataba de una falsedad puramente ideológica, consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos. De ahí su carácter inocuo. No causaron ningún perjuicio a la entidad bancaria que otorgaba la financiación ni a la propia Cooperativa.

No tiene razón el recurrente.

(...).

La falsedad imputada a Octavio es algo más que una falsedad ideológica. Además, no se trata de una alteración de la verdad sin trascendencia jurídica, puramente inocua. Los apartados 2, 3 y 4 del juicio histórico describen una serie de operaciones

de financiación basadas en certificaciones suscritas por el secretario de la cooperativa -el coacusado Rodolfo - y con el “visto bueno” de Octavio -, en las que se recogía falazmente la existencia de un acuerdo del Consejo Rector de la cooperativa, que nunca se había producido, y una autorización expresa al Presidente -el ahora recurrente- que tampoco había existido. Esas certificaciones permitieron la ampliación de la línea de comercio exterior y la concesión de una serie de pólizas y líneas de crédito, así como otros compromisos crediticios, de los que en ningún tiempo tuvo noticia el Consejo Rector que, según se indicaba falsamente en las certificaciones, se habría pronunciado a favor de esas decisiones de financiación.

La Audiencia ha considerado que los hechos son calificables con arreglo al art. 390, apartado 1º (“alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial”) - y 2 (“simulando un documento en todo o en parte, e manera que induzca a error sobre su autenticidad”) . Es evidente -razonan los Jueces de instancia- que las certificaciones emitidas por Rodolfo simulaban la autorización -que nunca existió- para concertar las operaciones crediticias y permitían a Octavio, suscribir compromisos bancarios que, en otras circunstancias, nunca podría haber obtenido (...)

(...) el estado actual de la jurisprudencia no permite respaldar la tesis del recurrente acerca del carácter puramente ideológico y, por tanto, impune de las distintas certificaciones falsas en las que Octavio estampó un “visto bueno” y que se referían a supuestos acuerdos adoptados por el Consejo Rector de la cooperativa de la que era Presidente -todos ellos inexistentes- y a una fingida autorización correlativa para suscribir y otorgar contratos de carácter financiero con entidades bancarias. Esa práctica no es, desde luego, indiferente al ordenamiento jurídico. La continua manipulación de esos documentos permitió hacer realidad una vida financiera sustraída a todo control por parte de los órganos societarios. La presentación de esas certificaciones era presupuesto sine qua non para que los bancos concedieran los créditos y líneas de descuento, pero también lo era para prolongar una actuación en solitario, blindada frente a cualquier queja que pudiera ser formulada por los restantes cooperativistas. El acusado, en fin, hizo posible un diseño en el ámbito de las decisiones financieras prácticamente clandestino, sustraído al conocimiento de los demás miembros de la entidad que presidía. A ello habríamos de sumar la afectación del bien jurídico que se produce por el hecho de que las entidades bancarias acreedoras, sin saberlo, estuvieran concediendo préstamos societarios potencialmente nulos, a la vista de la alteración falsaria de los documentos exigidos para la regularidad de las operaciones autorizadas. Y esta idea entronca de forma directa con el bien jurídico tutelado en el delito de falsedad por el que ha sido condenado el recurrente.

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado (arts. 884.3 y 4 y 885.1 y 2 de la LECrim).

(...)

RECURSO DE Rodolfo

7.- El primero de los motivos denuncia, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE).

Argumenta la defensa que la condena de Rodolfo como coautor de un delito de falsedad en documento mercantil está basada en una interpretación irracional y arbitraria de las pruebas ofrecidas por las partes. El recurrente -se alega- nunca se percató de si las fechas de celebración de las Juntas Rectoras eran correctas o no. Firmó los certificados en la confianza de su redactor material había cumplido con las formalidades requeridas y con el convencimiento de que tales acuerdos habían sido tratados en el seno de aquel órgano. Ninguna de las pólizas objeto de esta causa y ninguno de los avales prestados con las certificaciones firmadas por el acusado tuvieron mal fin. No existe prueba, por tanto, de la concurrencia del elemento subjetivo.

No tiene razón el recurrente.

El acusado recurrente era vicesecretario que actuaba en calidad de secretario de la sociedad cooperativa Cristo de la Vega de Sucuéllamos. Era él quien certificaba la celebración de las Juntas y quien daba fe de la existencia de un acuerdo de autorización al presidente para la adopción de las principales decisiones en materia de financiación. El recurrente, por tanto, no discute haber estampado su firma en esos certificados, sino su conocimiento de la falsedad de aquello que certificaba. Sin embargo, la concurrencia del elemento subjetivo se infiere por la Audiencia con un discurso incriminatorio irreprochable. En efecto, en el FJ 6º se razona que Rodolfo actuaba a sabiendas de que estaba alterando la verdad: "... hemos de partir del modo que generalmente se redactaban las actas cuando Rodolfo fue Vicesecretario. Así, Teodoro manifestó que <cuando estuvo Rodolfo se las traía en unos folios a máquina u ordenador y estaban con el visto bueno y las incluía en el libro de actas. Se las dejaban en la oficina. Daban lectura> Tal manifestación no es baladí, puesto que si él era el que en realidad redactaba las actas, no olvidemos que Teodoro y Bárbara no asistían, y a partir de Abril de 2002 tampoco estaba José Enrique, el único que tenía información de los temas tratados era el acusado Rodolfo, pues era el que asistía al Consejo Rector y redactaba las actas. Por tanto su obligación era al firmar los correspondientes certificados comprobar de un lado que había tenido lugar la junta rectora, y de otro que se había tratado el tema y consecuentemente se había autorizado. No precisaba comprobar tales extremos porque era consciente y sabedor de que nunca se incluyó en el orden del día ni se tomaron tales decisiones".

En definitiva, el recurrente, una vez asumida la condición de Secretario, no podía permanecer ajeno a la integridad de aquello que certificaba. La conclusión de que tales juntas no se habían celebrado y, por tanto, nada se había autorizado en el plano financiero, es una inferencia respaldada por una amplia prueba testifical a la que ya hemos aludido en el FJ 3º, al analizar una alegación similar por parte del coacusado Octavio. Nada desprende el aroma de la arbitrariedad que injustamente atribuye el recurrente a los Magistrados de instancia.

8.- El segundo motivo, por la vía del error de derecho en la aplicación de la norma penal sustantiva, sostiene la indebida aplicación de los arts. 39, 392, 74 y 77 del CP.
(...)

La desestimación del motivo se justifica por las mismas razones expuestas en el FJ 4º, al dar respuesta a la alegación del otro recurrente, relativa a la atipicidad de la conducta consistente en la certificación de acuerdos que no se han celebrado, así como a autorizaciones que nunca se han dispensado. A lo allí razonado nos remitimos. La concurrencia del elemento subjetivo fluye de la lectura del juicio histórico, en el que se describe todo un conjunto de actuaciones unificadas por el acuerdo concertado entre Octavio y Rodolfo, quienes durante el período de 2001 a 2003, incorporaron al tráfico jurídico certificaciones sobre hechos inexistentes, concebidas aquéllas como presupuesto ineludible para el acceso a fuentes de financiación sustraídas al control de la Junta Rectora de la cooperativa.

El delito de falsedad en documento mercantil se ofrece en todos sus elementos típicos en el relato de hechos probados. Ello conduce a la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 y 2 LECrim).
(...)

* STS de 12 de junio de 2014 (Civil) (RJ 2014\3718)

Ponente: Antonio Salas Carceller

Resumen: *Se confirma SAP de Burgos 214/2012, de 23 de mayo que declara nulos sendos acuerdos del consejo rector de una cooperativa ganadera, sometida a la Ley 4/2002 de Cooperativas de Castilla y León, por los que sancionaba a dos socios que habían incumplido la obligación de sacrificar sus animales exclusivamente en el matadero de la cooperativa, y les privaba de recurrir tal decisión ante la asamblea general. La citada obligación venía impuesta en los estatutos y en un contrato concertado entre la cooperativa y sus socios, en el que además se contemplaba una cláusula penal (indemnización de daños y perjuicios) para el caso de su incumplimiento, diversa de la prevista en los estatutos. La*

Audiencia resuelve, y confirma el Tribunal Supremo, que acuerdo del Consejo Rector tiene naturaleza sancionatoria y que el contrato particular puede concretar la obligación del socio, pero deben seguirse los trámites de todo expediente sancionador, como la apertura del expediente, conocimiento de los hechos por el interesado, propuesta de sanción, posibilidad de realizar por escrito las alegaciones, y resolución motivada, contra la que se podrá interponer recurso ante la Asamblea General. Al no haberse realizado ninguno de estos trámites procede la declaración de nulidad de los acuerdos: “Decir lo contrario supone eliminar por esta vía el posible control que la Asamblea General pueda tener sobre los acuerdos del Consejo Rector, además de limitar los derechos del socio a recurrir dentro de la Cooperativa los acuerdos de naturaleza sancionatoria, lo que supone un cierto fraude de ley”.

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- En la demanda inicial, Gutiérrez Exporci SL y Alamo Domingo Carlos y Pedro SC interesaron que se dictara sentencia por la cual se declarara la nulidad de los acuerdos adoptados por el Consejo Rector de la Cooperativa Avícola y Ganadera de Burgos en su reunión celebrada el día 28 de septiembre de 2010.

La demandada se opuso a la demanda y, seguido el proceso, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos dictó sentencia de fecha 16 de enero de 2012 por la cual desestimó la demanda y absolvió a la demandada con imposición de costas a las entidades actoras.

Dichas demandantes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) dictó sentencia de fecha 23 de mayo de 2012 por la cual, con estimación del recurso, revocó la dictada por el Juzgado y estimó la demanda declarando la nulidad de los acuerdos del Consejo Rector de la cooperativa de fechas 28 de septiembre de 2010 y 29 de diciembre de 2010, con imposición a la demandada de las costas de primera instancia y sin especial pronunciamiento respecto de las causadas en la apelación.

Contra dicha sentencia ha recurrido la cooperativa demandada por infracción procesal y en casación, habiéndose admitido únicamente este último recurso.

SEGUNDO.- La cuestión litigiosa versa sobre la impugnación del acuerdo del Consejo Rector que aprecia incumplimiento por ambas demandantes del contrato que firmaron cuando se incorporaron a la Cooperativa, denominado “contrato de cerdos a sacrificar”, el cual dice lo siguiente en cuanto a las obligaciones del socio:

Obligaciones a cuyo exacto cumplimiento se compromete el abajo firmante: Entregar toda la producción de cerdos para el sacrificio en el Matadero que la Cooperativa designe durante todo el período de duración de este contrato (...) En el caso de que el socio cooperativista incumpla sus obligaciones como socio y en parti-

cular las que se reseñan en el apartado A de este documento, salvo casos de fuerza mayor, la Sociedad Cooperativa Avícola y Ganadera de Burgos podrá aplicar como cláusula penal la siguiente:

“El socio incumplidor pagará la parte pendiente de amortizar tomando una proporción o prorrateo de 9 años sobre la inversión realizada al momento de firmarse este contrato y la que se pudiera haber realizado hasta el momento en que ocurra el incumplimiento del socio. El período de tiempo al que se extenderá esta obligación de pago por parte del socio será el que reste hasta que se cumplan los cinco años pactados de duración del presente compromiso”.

Como refiere la sentencia recurrida (fundamento jurídico tercero), habiendo constatado la cooperativa que tanto uno como otro cooperativista no habían entregado toda la producción de cerdos en el año 2010, se adoptó la decisión de aplicarles la cláusula penal pactada. El propio Consejo Rector fue el que practicó las operaciones de liquidación de la cláusula, calculando la inversión realizada hasta el momento del incumplimiento e imponiendo a los cooperativistas la obligación de amortizar anticipadamente la parte de la inversión proporcional a su participación en la cooperativa. Lo anterior determinó que se exigiera a Gutiérrez Exporci SL una cantidad de 153.186,42 euros, más 73.984 euros en concepto de morosidad; y a la sociedad civil Álamo Domingo Carlos y Pedro 86.412,29 euros por la amortización de la inversión y 73.984 euros de morosidad. Además, respecto de ambos demandantes, el Consejo Rector también acordó dejar en suspenso las obligaciones que la cooperativa asumía frente a los cooperativistas en el citado contrato de cerdos a sacrificar.

Contra estos acuerdos los demandantes interpusieron recurso ante la Asamblea General, y el Consejo Rector no lo admitió por considerar que los acuerdos no tenían naturaleza sancionatoria.

La sentencia dictada por la Audiencia -hoy recurrida- consideró que el acuerdo del Consejo Rector tiene naturaleza sancionatoria. Afirma que la obligación de los socios de entregar la producción de cerdos a la Cooperativa no es más que la concreción de la obligación que figura en los Estatutos y en toda la legislación de cooperativas de “participar en la totalidad de las actividades y servicios comunes consistentes en cumplir todos los compromisos contraídos con la Cooperativa y sus distintas secciones en las que el socio esté integrado de acuerdo con el objetivo social completado por los acuerdos válidamente adoptados por los órganos de gobierno”. Destaca que el artículo 6, letra j), de los Estatutos impone además a los socios la obligación de “poner a disposición de la Agrupación la totalidad de la producción referente al productor o a los productos para los cuales se hayan adherido”, de modo que el incumplimiento de esta obligación se califica como una *falta muy grave* en los Estatutos (el incumplimiento por parte del socio de vender por medio de la Agrupación de productores el conjunto de su producción de los productos para los que se haya asociado).

Sin embargo, como también destaca la Audiencia, “la misma obligación se recoge en el contrato firmado y se sanciona el incumplimiento de la misma con una indemnización de daños y perjuicios, que es la cláusula penal, en lugar de hacerlo con una multa, como es el caso de las faltas recogidas en los Estatutos”. No obstante estima la Audiencia que no es el tipo de sanción, indemnización de daños y perjuicios o multa, lo que caracteriza la naturaleza del acuerdo. La ley de cooperativas al hablar del procedimiento sancionador en el artículo 24 sobre normas de disciplina social no especifica el tipo de sanción, sino que sólo dice que “los socios sólo podrán ser sancionados por las faltas previamente tipificadas en los Estatutos, que se clasificarán en faltas leves, graves y muy graves”. De ahí que un socio pueda ser sancionado, no con una multa, sino con una indemnización de daños y perjuicios, por lo que constituye una infracción de sus deberes, y no por este motivo el acuerdo dejará de tener carácter sancionador. Decir lo contrario -continúa la Audiencia- supone eliminar por esta vía el posible control que la Asamblea General pueda tener sobre los acuerdos del Consejo Rector, además de limitar los derechos del socio a recurrir dentro de la Cooperativa los acuerdos de naturaleza sancionatoria, lo que supone un cierto fraude de ley.

Por ello, concluye la sentencia impugnada diciendo que “si el acuerdo del Consejo Rector tiene carácter sancionador entonces deben seguirse los trámites de todo expediente sancionador, como la apertura del expediente, conocimiento de los hechos por el interesado, propuesta de sanción, posibilidad de realizar por escrito las alegaciones, y resolución motivada. Contra esta decisión se podrá interponer recurso ante la Asamblea General. Al no haberse realizado ninguno de estos trámites procede la declaración de nulidad de los acuerdos, de los propiamente sancionatorios de 28 de septiembre de 2010, y del de inadmisión del recurso ante la Asamblea General de 29 de diciembre de 2010”.

TERCERO.- Frente a ello, el primero de los motivos de casación se formula por infracción de los artículos 1152 y 1281, párrafo 1º, del Código Civil, en relación con el artículo 24 de la Ley 4/2002 de Cooperativas de Castilla y León, respecto de la cláusula penal y la doctrina jurisprudencial sobre la misma.

El núcleo del motivo radica en la afirmación de que tales acuerdos no tuvieron carácter sancionatorio, siendo mera plasmación del ejercicio de un derecho contractualmente establecido para la Cooperativa en los contratos suscritos con los socios litigantes el 1 de enero de 2008, consistente en la facultad de provocar, en caso de incumplimiento, la aplicación de la cláusula penal.

No obstante, la sentencia impugnada no ha vulnerado los artículos que se mencionan y en concreto el 1152 del Código Civil, que se limita a definir la cláusula penal, y el 1281-1º, sobre la interpretación literal de los contratos y el respeto a la intención de los contratantes.

Precisamente el carácter de la cláusula en este caso deriva del hecho de que la supuesta indemnización de daños y perjuicios - que la cláusula penal viene a sustituir- se fija en abstracto y con independencia de la entidad del incumplimiento que, dada la naturaleza de la relación existente entre las partes, podría ser de mayor o menor intensidad según cuál fuera la producción ganadera no entregada a la cooperativa en cada caso, siendo siempre la misma la previsión aplicable, lo que además impide al tribunal en cualquier caso el uso de la facultad moderadora a que se refiere el artículo 1154 del Código Civil .

Incluso, en relación con ello, cabría negar la existencia de interés casacional en el presente caso ya que para su demostración no ha de bastar la cita de sentencias de esta Sala que contienen formulaciones generales sobre la naturaleza, función y efectos de la cláusula penal (sentencias núms. 763/2006, de 13 julio ; 39/2008, de 25 enero; y 393/1969, de 10 junio , así como las de 19 febrero 1985 y 30 mayo 1986) sino que sería necesario la aportación de alguna que se refiriera a un supuesto, si no igual, sí al menos similar al ahora planteado en el que se plantea la cuestión jurídica que se debate.

(...)

* STS de 23 junio 2014 (Cont.-Admvo.) (RJ 2014\3482)

Ponente: José Luis Requero Ibáñez

Resumen: *Nulidad de la Orden Ministerial ARM/1513/2010 por la que se convoca la concesión de subvenciones de los fondos procedentes de la modulación para la realización de actuaciones de apoyo a los seguros agrarios durante el año 2010 para organizaciones profesionales agrarias y organizaciones cooperativas de ámbito estatal, por ser improcedencia aplicar el criterio de la mayor representatividad en el ámbito de sindicatos, organizaciones o asociaciones para tener la condición de beneficiarios respecto de actividades ajenas a actuaciones de representación institucional.*

Fundamentos de Derecho

«QUINTO.- (...) la Sentencia de la Audiencia Nacional impugnada anula los artículos 1 y 3 de la Orden ARM/1513/2010 por las siguientes razones:

1º Porque no está justificado el criterio según el cual para el acceso a las subvenciones que convoca, que sólo puedan ser beneficiarios las entidades, sindicatos u organizaciones profesionales que cuenten con mayor implantación o sean más representativas.

2º Según la Sentencia, ese criterio es válido para el acceso a órganos u organismos en los que desarrollan funciones de representación institucional, pero no para el acceso a subvenciones.

3º En el caso de autos será admisible que sólo las más representativas accedan a la Comisión General de ENESA, pero no que las que se integran en ese órgano sean las destinatarias de las subvenciones litigiosas. A tal conclusión llega contrastando el fin de las subvenciones litigiosas con las funciones encomendadas a ENESA.

SEXTO.- El criterio que sigue la Sentencia impugnada se apoya en lo que ya es jurisprudencia de esta Sala recogida, por ejemplo, en las Sentencias de esta Sección de 5 de febrero de 2011, recurso 3000/2009 ; de 3 y 7 de noviembre de 2012 , recursos 2455/2009 y 6540/2009 respectivamente; Sentencias de la Sección Séptima, de 11 de octubre de 2004 , recurso 7552/2000; de 14 de julio y 28 de septiembre de 2005 , recursos 7517/1999 y 4855/1999 respectivamente; de julio de 2006, recurso 4050/2000 ; de 19 de diciembre de 2007 , recurso 7746/2004 o de 22 de enero de 2014, recurso 3548/2008. En cuanto a la doctrina constitucional cabe citar, fundamentalmente, la Sentencia 147/2001.

SÉPTIMO.- Antes de resolver sobre la infracción del artículo 14 de la Constitución, debe resaltarse que la Sentencia invocada por la Abogacía del Estado, de esta Sala, Sección Séptima, de 28 de febrero de 2012 (recurso de casación 5556/2010) resolvía un supuesto diferente al caso de autos y esto por las siguientes razones:

1º Respecto de ese recurso de casación 5556/2010 resuelto por la Sentencia de 28 febrero 2012 , en la instancia la UNIÓN DE UNIONES DE AGRICULTORES Y GANADEROS impugnó la Orden que estableció las bases para la concesión de subvenciones entidades representativas del sector agrario y alimentario para el desarrollo de actividades de colaboración y representación ante la Administración General del Estado y la Unión Europea. En ese caso se preveía que serían beneficiarias las organizaciones que perteneciesen al Comité de las Organizaciones Profesionales Agrarias de la Unión Europea.

2º Se trataba, por tanto, se unas subvenciones cuyo objeto estaba directamente vinculado a esa función de representación institucional en la que sí se admite el criterio de la mayor representatividad como criterio de discriminación entre organizaciones sindicales o profesionales. Por el contrario, en el caso de autos se ventila el acceso a subvenciones para el fomento del sistema de seguros agrarios combinados.

OCTAVO.- Aunque no es invocada por la Abogacía del Estado, en la Sentencia 16 de abril de 2012 (recurso de casación 7043/2010) invocada por las codemandadas en la instancia a efectos de la causa de inadmisibilidad, tampoco sería aplicable al caso de autos. En ese caso, en la instancia, se impugnaban dos resoluciones

de ENESA, una convocando subvenciones para organizaciones profesionales y organizaciones cooperativas agrarias de ámbito estatal para la colaboración con dicha entidad como miembros de la Comisión General de la misma; otra convocando subvenciones para la colaboración y asistencia grupos de trabajo y de normativa que emanan de la Comisión General. Pues bien, esa Sentencia expresamente dice que lo debatido era una cuestión de participación institucional y que, en el fondo, lo pretendido por la allí recurrente -la Unión de Uniones ahora recurrida- no era otra cosa que por medio de dichas impugnaciones, se la considerase como asociación más representativa para integrarse en la Comisión General de ENESA y así acceder a las subvenciones.

NOVENO.- En el caso de autos hay que determinar si son admisibles los criterios de la Sala de instancia para no apreciar que haya una explicación o justificación razonable del trato objetivamente discriminatorio que recogen los artículos 1 y 3 de la Orden ARM/1513/2010 y si ese trato diferente responde a las funciones propias de la Comisión General de ENESA. Al respecto cabe deducir lo siguiente en cuanto al régimen jurídico del sistema de los seguros agrarios combinados:

1º Que se está ante un sistema basado en la voluntariedad (artículo 11 del Reglamento para aplicación de la LSAC), si bien con las excepciones previstas en tal precepto.

2º Es un sistema en el que la intervención de la Administración del Estado se basa en criterios de Administración participativa (artículo 5 del Reglamento para aplicación de la LSAC).

3º Que una de las funciones de ENESA es precisamente fomentar y divulgar el sistema de los Seguros Agrarios [artículo 49.2.f) del Reglamento para aplicación de la LSAC].

4º Dentro de ENESA, las funciones de la Comisión General de ENESA no son ejecutivas, sino fundamentalmente de informe y propuesta: propone el Plan Anual de Seguros Agrarios, elabora el proyecto de presupuestos (artículo 8 del Real Decreto 2650/1979 , por el que se regula la estructura y régimen de ENESA).

5º Que las subvenciones de autos se financian con cargo a los fondos procedentes de la modulación, esto es, de las subvenciones destinadas a financiar el coste de las primas de los seguros que abonan los asegurados (cf. artículos 14.1 y 54 a 57 del Reglamento para aplicación de la LSAC en relación con el punto Décimo del Plan Anual de Seguros Agrarios Combinados para 2010, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de diciembre de 2009).

DÉCIMO.- A la vista de lo expuesto procede desestimar el recurso de casación y confirmar la Sentencia impugnada pues, por razón del objeto de las subvenciones, no hay explicación razonable para que sólo sean beneficiarias las organizaciones y

asociaciones que formen parte de la Comisión General de ENESA. Esto es así por las siguientes razones:

1º En el Plan Anual de Seguros Agrarios Combinados para 2010 (punto Décimo, párrafo penúltimo) se prevé que estas subvenciones se destinan a actuaciones de apoyo al sector agrario en general, a través de acciones de divulgación e información que realicen las organizaciones profesionales agrarias y de cooperativas.

2º No se advierte en los fines de dichas subvenciones una actuación de representación institucional en ninguno de las actuaciones subvencionables: formación a los técnicos de cada organización; información y apoyo técnico en el proceso de tasación; celebración de convenciones y conferencias y, en particular, a la Conferencia Internacional convocada por ENESA y, por último, divulgación del Plan Anual de Seguros Agrarios Combinados.

3º Siendo la función genérica de las organizaciones profesionales agrarias la defensa de los intereses profesionales y socioeconómicos de los agricultores y ganaderos (cf. Disposición Transitoria Única.1 de la Ley 18/2005, de 30 septiembre), obtener financiación para formar a sus técnicos y atender así a sus asociados en el proceso de tasación del daño, son fines que interesan a todas esas asociaciones, no sólo a las más representativas. De otra forma sólo sus asociados tendrían un mejor servicio, colocando a esas asociaciones presentes en la Comisión General de ENESA en una posición de ventaja.

4º Ese mismo interés general para todos los agricultores y ganaderos, y no sólo para los miembros de concretas asociaciones y organizaciones, cabe predicar de la financiación para asistir a la Conferencia Internacional convocada por ENESA en 2010 o para la celebración de convenciones o conferencias, así como actuaciones de publicidad y divulgación del sistema de seguros agrarios combinados.

5º En consecuencia, como razona la Sentencia de instancia, a la vista de los fines generales de las subvenciones litigiosas, no se advierte justificación para el trato discriminatorio en que se basa (Fundamento de Derecho Tercero, párrafo penúltimo).

UNDÉCIMO.- Añádase por último, que por ser subvenciones que financian no la estructura y funcionamiento de las organizaciones sino la actividad que realizan y que se trata de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, siempre puede la Administración seleccionar proyectos más ajustados a la actividad objeto de fomento atendiendo a la mayor bondad en función del fin. Sin embargo los 800.000 euros previstos por el Plan Anual de Seguros Agrarios para tales subvenciones se repartieron por partes iguales entre las cuatro entidades presentes en la Comisión General de ENESA, a razón de 200.000 euros, luego sin hacer realidad un procedimiento de concurrencia competitiva, lo que convierte esas subvenciones en un medio de financiar no actividades, sino la estructura y funcionamiento de las beneficiarias.»

* STS de 1 de julio de 2014 (Cont.-Admvo.) (RJ 2014\3659)

Ponente: Excmo Sr. Ramón Trillo Torres

Resumen: *Cooperativas de Euskadi. Para determinar en qué supuestos procede el enjuiciamiento de las resoluciones del Registro de Cooperativas de Euskadi ante la jurisdicción civil o ante la contencioso-administrativa, hay que estar a la naturaleza de la actuación del Registro y la legislación que proceda aplicarle. En el caso, recurso contra una resolución administrativa que deniega la inscripción en el Registro de Cooperativas de la escritura pública de reactivación de una cooperativa, la competencia jurisdiccional es la civil puesto que es el derecho privado el que regula el nacimiento y pervivencia de la cooperativa, y aunque, el acto de inscripción en el Registro de estos actos corresponde a un órgano administrativo, su actuación calificadora no está sujeta al derecho administrativo, no porque lo ordene la Ley Vasca, sino por aplicación de lo dispuesto en los artículos 9.4 de la Ley LOPJ y el 1.1 de la LJCA.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- Se interpone recurso de casación contra una sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de 11 de junio de 2012, dictada en el recurso 1201/10, en la que se declaró la competencia de la jurisdicción civil para pronunciarse sobre la pretensión de nulidad de una resolución de la Viceconsejería de Empleo, Formación e Inclusión Social del Gobierno Vasco, que había desestimado el recurso de alzada interpuesto por don Conrado -notario autorizante de la escritura- contra resolución de 23 de abril de 2010 de la Dirección General de Economía Social, Responsabilidad Social Empresarial y Trabajo Autónomo, que había denegado la inscripción de la escritura de reactivación de la Entidad Cooperativa Agrícola Ganadera de Erandio, S.C.L., por ser la causa de su disolución no haber adoptado sus Estatutos en el plazo establecido en la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 4/1993 de Cooperativas de Euskadi.

La sentencia impugnada argumenta su decisión en los siguientes términos:

<<Con carácter preliminar debemos indicar que la LO 3/79 de 18 de diciembre, Estatuto de Autonomía del País Vasco, en el art. 10.23 atribuye a la Comunidad Autónoma del País Vasco la competencia exclusiva en materia de “cooperativas...conforme a la legislación general en materia mercantil”. Al examinar la constitucionalidad de determinados preceptos de la anterior Ley de Cooperativas del País Vasco (Ley 1/82 de 11 de febrero), la STC 72/83 concluyó afirmando que “la competencia legislativa de la Comunidad en materia de cooperativas ha de ejercerse, de acuerdo con el art. 10.23 Estatuto “conforme a la legislación general de carácter mercantil”, expresión que ha de interpretarse en el sentido de que habrá de respetar tal legislación en cuanto sea aplicable

a las cooperativas, como sucede en aquellos aspectos en que la legislación general de cooperativas remite a la legislación mercantil o también cuando contiene preceptos mercantiles, como acontece en algún caso, según veremos más adelante.”La Ley 4/1993 de 24 de junio , de Cooperativas de Euskadi, deroga la anterior Ley 1/82 de 11 de febrero .

El art. 15, 16, 17.1 y 18 establecen:

Artículo 15. Organización

El Registro de Cooperativas de Euskadi es un registro jurídico adscrito al Departamento de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco con estructura orgánica unitaria.

Artículo 16. Eficacia del registro

1.- La eficacia del registro está definida por los principios de publicidad material y formal, legalidad, legitimación, prioridad y tracto sucesivo.

2.- La inscripción de la constitución, fusión, escisión, disolución y reactivación de las cooperativas, así como la de transformación en sociedades de esta naturaleza, tendrá carácter constitutivo. En los demás casos será declarativo.

Artículo 17. Funciones

El Registro de Cooperativas de Euskadi tendrá las siguientes funciones:

Calificar, inscribir y certificar los actos que según la normativa vigente deban acceder a dicho Registro, que se refieran a cooperativas de primero, segundo o ulterior grado, a uniones y federaciones de cooperativas, a asociaciones de dichas federaciones o a otras entidades jurídicas que agrupen mayoritariamente a cooperativas reguladas en la presente ley.

Artículo 18. Normas supletorias

1.- En cuanto a plazos, personación en el expediente, representación y demás materias referidas al Registro de Cooperativas de Euskadi no reguladas expresamente en esta ley o en sus normas de desarrollo, serán de aplicación las normas del procedimiento administrativo.

2.- La reclamación previa a la vía judicial se sustanciará ante el Consejero de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, aplicando las citadas normas. La demanda judicial se interpondrá, en su caso, ante los Juzgados y Tribunales del orden civil, de conformidad con la ley orgánica del Poder Judicial y normativa procesal aplicable.

El art. 18.2 de la LCE establece, por lo tanto, cómo se impugnan las resoluciones del Registro de Cooperativas de Euskadi, contemplando la reclamación en vía administrativa como requisito previo al ejercicio de las acciones civiles (arts. 120 y ss Ley 30/92), no exceptuando el requisito, lo que resultaría viable por una disposición con rango de ley.

El art. 31.2 del D 59/2005 de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Registro de Cooperativas de Euskadi, remite a los arts. 120 y ss Ley 30/92 .

El Dictamen 20/2005 de la COJUA, que resuelve al Consulta 123/2004, sobre el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Organización y funcionamiento del Registro de Cooperativas de Euskadi, parece sostener que el Decreto se aparta del art. 18, si se entiende como una previsión que reconduce el régimen de impugnación de los actos del Registro al orden civil”, sosteniendo que “en contra de lo que pudiera deducirse de la regulación del régimen jurídico de las sociedades cooperativas (contenido en la LCE), el Registro de Cooperativas se configura como una unidad administrativa integrada en un órgano de la Administración General de la CAPV, sus resoluciones son actos administrativos -que han de dictarse de acuerdo con las reglas que rigen el procedimiento administrativo- y resultan impugnables en vía administrativa”. Y se argumenta que “la resolución de calificación es un acto de un órgano administrativo sometido a las reglas del derecho administrativo”.

Es claro, sin embargo, que el Decreto no puede interpretarse en contra de la Ley. Y el art. 18 de la LCE en su párrafo primero se refiere al procedimiento ante el Registro (plazos, personación en el expediente, representación...), que se sujetan a las normas del procedimiento administrativo. Pero no la decisión de inscribir o no los actos del art. 16.2 de la Ley, respecto de los que la propia LCE deja clara la vía impugnatoria, sin excepcionar la reclamación previa.

Aunque resulta obvio, debemos insistir en que la Ley 4/1993 de 24 de junio, es una norma con rango de Ley; y por lo tanto, únicamente resultaría posible el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, si se considerara que se trata de una norma que vulnera la Constitución, como resulta del art. 5.2 de la LOPJ. El recurrente plantea esta cuestión, en cierta forma, cuando sostiene que se trata de un exceso competencial. Desde luego, es competencia exclusiva del Estado tanto la legislación procesal, como las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común. Es decir, en ningún caso una norma autonómica, aunque tenga rango de Ley puede fijar la competencia de los órganos judiciales para el conocimiento de unos u otros asuntos. El art. 9.4 de la LOPJ establece la competencia de los Juzgados del orden contencioso-administrativo:

4. Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el art. 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclu-

siva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica.

Y el art. 1.1 de la LJCA:

Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.

El art. 3.a) de la LJCA establece que no corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo: Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública.

El art. 18.2 de la LCE, en opinión de la Sala, no contraviene el art. 9.4 de la LOPJ, en términos que pudiera llevar a su cuestionamiento, para sostener la propia competencia de ésta Sala para el conocimiento del presente recurso contencioso-administrativo. En primer lugar, aunque la STC 72/83 no resulta concluyente respecto de la naturaleza jurídica de las “cooperativas”, en todo caso, el propio Estatuto de Autonomía, se refiere a la legislación mercantil, que deberá respetarse en tanto resulta aplicable a las cooperativas. La controversia sobre la naturaleza de las “cooperativas”, en todo caso, no se plantea respecto de que pudieran tener relación con el “derecho administrativo”, o que tuvieran ésta naturaleza “administrativa”; sino en todo caso, con la legislación social. Esto explica, precisamente que la propia LCE adscriba el Registro al Departamento de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco. Y el art. 18.2 de la LCE lo que trata de aclarar es que la competencia no sería de la legislación social, y que no está excluida de la reclamación previa (art. 120.1 Ley 30/92). Y considerar que la Ley 4/93 de 24 de junio, no es “derecho administrativo”, resulta de su propia naturaleza como Ley de Cooperativas de Euskadi, que según el Estatuto de Autonomía, supone el ejercicio de la competencia legislativa en esta materia, sujeta a la legislación mercantil en cuanto sea de aplicación. Concluir que al menos participa de ésta naturaleza de “legislación mercantil”, y, en todo caso, concluir que no es derecho administrativo, no es sino la consecuencia lógica. En el supuesto que nos ocupa lo que se planteaba era si era o no posible la reactivación de la Cooperativa, debida a la causa que provocó su disolución, al no haberse adaptado los Estatutos en el plazo legalmente establecido conforme a la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 4/93 de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi. Es decir, la cuestión de fondo no es procedimental, sujeta a la Ley 30/92, sino que se trata de interpretar la Disposición Transitoria de la Ley 4/93, en relación con otros preceptos (entre ellos el art. 88.5 de la Ley 4/93).

Es decir, se trata de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una actuación de la Administración (en cuanto el Registro de cooperativas está adscrito al

Departamento de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco “con estructura orgánica unitaria”); pero no está sujeto al Derecho Administrativo, sino que la decisión está sujeta a la Ley 4/93 de 24 de junio, que expresamente remite a la jurisdicción civil, previa reclamación, lo que, como hemos expuesto, en opinión de la Sala, no resulta vulnerador del art. 9.4 de la LOPJ, ni existen razones suficientes para su cuestionamiento constitucional por exceso competencial, cuando resulta viable una interpretación coherente con el art. 120.1 de la Ley 30/92, y con la propia controversia surgida en torno a la naturaleza jurídica de las cooperativas, entre su naturaleza “civil” o “social”, en ningún caso “administrativa”>>.

SEGUNDO.- El recurso de casación se funda en un sólo motivo, formulado al amparo de la letra a) del artículo 88.1 de la LJC, acusándose en él que la sentencia ha incurrido en defecto en el ejercicio de la jurisdicción.

Razona al efecto la parte recurrente que la inserción de los Registros de Cooperativas en la organización de la respectiva Administración, el carácter administrativo del procedimiento a seguir y la naturaleza de la resolución registral como acto administrativo dictado en ejercicio de una potestad reglada -la resolución calificadora no hace sino aplicar Derecho público-, nos llevan a determinar la jurisdicción competente a favor de la contencioso-administrativa, en aplicación de lo dispuesto en el artículo LOPJ .: “En el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones” en relación con el artículo 1 LJCA : “Los Juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo..”.

Y frente a la afirmación de la sentencia impugnada de que se trataría de una actuación de la Administración no sujeta al derecho administrativo, por estarlo al derecho mercantil en cuanto sea de aplicación, contesta en el sentido de que el resultado de la calificación tiene naturaleza de aprobación administrativa de lo solicitado (o, en su caso, de denegación) dentro de un procedimiento administrativo, dándose además la circunstancia de que, basada fundamentalmente la decisión de la sentencia impugnada en el artículo 18 de la Ley 4/1993, de Cooperativas de Euskadi, se habría incidido en haber aceptado un inconstitucional exceso competencial de la Ley, al no ser la normativa autonómica sede apropiada para determinar la competencia jurisdiccional, además de que el artículo 149.1.18 de la Constitución reserva al Estado la competencia sobre el procedimiento administrativo común, debiendo las CCAA respetar en la regulación del régimen sustantivo las reglas de procedimiento establecidas en la legislación del Estado en el ámbito de sus competencias (STC 227/1988, de 29 de noviembre).

TERCERO.- Para pronunciarnos sobre la cuestión partiremos de una afirmación: el artículo 18 de la Ley 4/1993 no realiza una directa determinación de en qué supuestos procede el enjuiciamiento de las resoluciones del Registro de Cooperativas de Euskadi ante la jurisdicción civil o ante la contencioso-administrativa, sino que se limita a designar, en el primer caso y cuando proceda, cual sea el órgano para conocer de la reclamación previa, de modo que será la naturaleza de la actuación del Registro y la legislación que proceda aplicarle la que habrá de fijar cual haya de ser la jurisdicción competente.

Y es aquí donde la Sala de instancia concluye que la competencia del caso corresponde a la jurisdicción civil, por ser la Ley 43/93 aplicada resultado de que el Estatuto de Autonomía atribuye al País Vasco la competencia exclusiva en materia de cooperativas conforme a la legislación general mercantil.

Como decimos, el tema remite no directamente al mencionado artículo 18, sino a la naturaleza de la actividad del Registro al denegar la inscripción de la escritura de reactivación, por lo que de ningún modo cabe apreciar que la Ley haya invadido en este punto competencias exclusivas del Estado.

Así las cosas, conviene notar que el artículo 16 de la Ley Vasca 4/1993 da efecto constitutivo a la inscripción de la constitución, fusión, escisión, disolución y reactivación de las cooperativas, de modo que será el momento de la inscripción de la escritura pública de constitución el determinante de que adquiera personalidad jurídica (arts. 10 y 11 de la Ley 4/1993), todo lo que a su vez tiene origen en la voluntad privada de fundar una sociedad cooperativa (artículo 12) que en principio puede realizar cualquier actividad económica o social y cuyo objeto prioritario es la promoción de las actividades económicas y sociales de sus miembros y la satisfacción de sus necesidades con la participación activa de los mismos, observando los principios del cooperativismo y atendiendo a la comunidad de su entorno (art. 1).

En esta configuración jurídica y en su instrumentación básica, los elementos de una libre, concurrente y privada voluntad constitutiva para dar cumplimiento mediante una forma específica de sociedad a intereses de los otorgantes y promotores de la misma dibujan un horizonte de derecho privado en cuanto al nacimiento y pervivencia del ente social, que hacen correcta la tesis de la Sala sentenciadora de entender que, siendo imputable el acto a un órgano administrativo, sin embargo su estricta actuación calificadora en los supuestos mencionados en el citado artículo 16 no está sujeta al derecho administrativo y por eso su revisión jurisdiccional no compete a la jurisdicción contencioso-administrativa. No porque lo ordene la Ley Vasca, sino por aplicación de lo dispuesto en los artículos 9.4 de la Ley LOPJ y el 1.1 de la LJCA, argumento que implica desestimar el motivo y el recurso de casación que en él se funda.»

II. MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL Y MUTUAS DE SEGUROS

* STS de 7 de febrero de 2014 (Cont.-Admvo.) (RJ 2014/909)

Ponente: Eduardo Espín Templado

Resumen: *Mutualidad de Previsión Social: el seguro escolar, por el que se garantiza a los beneficiarios el pago de los gastos de continuación de estudios a la muerte del mutualista, no es un seguro de vida, por lo que no queda obligado a las exigencias financieras propias de este tipo de seguros.*

Reseña

El seguro ofrecido por una determinada mutualidad escolar asegura el pago a los beneficiarios de los gastos (enseñanza, media pensión, locomoción, libros, matrícula y material escolar) que en cada momento les ocasione la continuación de los estudios desde la muerte del mutualista hasta la finalización de los estudios, siempre que se realicen en colegios pertenecientes a la mutualidad. Ante la pretensión de la Administración del Estado de que se trata de un seguro de vida y que la mutualidad queda obligada a cumplir con las correspondientes obligaciones financieras, la Sala de instancia entiende que dicho seguro no está comprendido en los seguros de vida, y que encontraría acomodo, en cambio, en el seguro de decesos previsto en el art. 16.1.19 TRLOSSP. Según el TS, el seguro en cuestión no encaja en el art. 83 LCS, fundamentalmente porque sus prestaciones son en especie, ni en el art. 6.2.A TRLOSSP, que incluye «en forma de lista cerrada» una serie de seguros, entre los que no se puede incluir el seguro escolar. En referencia al art. 6 TRLOSSP, sostiene el TS que «teniendo en cuenta que este precepto es más específico que el antes citado de la Ley de Contrato de Seguro y que sus modalidades no parecen estar enunciadas a título meramente ejemplificador, no es posible considerar el seguro escolar como un seguro de vida sometido a sus estrictas exigencias contables y de solvencia». La inclusión de aquél entre los ramos distintos del seguro de vida es trascendente en el ámbito de las exigencias financieras: capital mínimo exigible, solvencia estática y solvencia dinámica, y en el plano fiscal.

* STS de 3 de abril de 2014 (Civil) (RJ 2014/2568)

Ponente: Ignacio Sancho Gargallo

Resumen: *Mutua. Existencia de abuso de derecho cuando, acordado en el consejo de administración de una aseguradora la supresión del derecho pensiones vitalicias reconocidas a los consejeros, el presidente de la entidad dimite dos días antes de que dicho acuerdo sea ratificado por la junta general y modificado a tal efecto los estatutos. La dimisión como consejero ocasiona el perjuicio, pues pretende impedir que se haga efectiva la voluntad social de suprimir aquellos derechos de previsión social, que eran claramente contrarios al interés social.*

Fundamentos de Derecho

«6.- Estimación del motivo: concurrencia de los requisitos del abuso de derecho . No se cuestiona que el Sr. Bernabe formalmente estaba en su derecho de dimitir del cargo de consejero. Otra cosa es que por las circunstancias en que ejercitó este derecho y el propósito que le movía, ligado a las consecuencias negativas para la Mutua, pueda advertirse un abuso de derecho.

Como queda constancia en la relación de hechos probados, siendo presidente del consejo el Sr. Bernabe , por acuerdo de la junta general de mutualistas de 14 de junio de 2005, el cargo de consejero pasó a ser retribuido y se introdujo, en el art. 25.5 de los estatutos, un derecho de pensión vitalicia para los consejeros que hubieran desempeñado su cargo durante dos o más mandatos, siempre que hubieran permanecido como consejeros durante los cinco últimos años antes de su cese como consejeros, y una vez cumplidos los 65 años. Esta previsión estatutaria se modificó, fundamentalmente respecto del cálculo de la cuantía de la pensión, por acuerdo de la junta general de 19 de junio de 2007.

Es muy significativo que unos pocos meses después, el 4 de octubre de 2007, la inspección de la Dirección General de Seguros dejara constancia de que este sistema de pensiones no era acorde con la moderación retributiva deseable para una entidad de seguros como Mutua Madrileña, resaltada por la Guía de Buen Gobierno de las entidades aseguradoras. A raíz de esto, en la comisión de auditoría se puso de manifiesto que la posible pensión del entonces presidente, el Sr. Bernabe , podía alcanzar la cifra de 20 millones de euros. El Consejo, al caer en la cuenta de las consecuencias que para la entidad podía suponer esta previsión, y del abuso que suponía, pues conllevaba una carga para la entidad excesiva y desproporcionada, decidió en su reunión de 14 de enero de 2008 dejar sin efecto aquella previsión estatutaria, para lo cual, además de cesar al Sr. Bernabe y de dejar constancia de la renuncia que el resto de consejeros habían realizado a la retribución que les pudiera corresponder por virtud

del art. 25.5 de los estatutos, (el 31 de diciembre de 2007), acordó proponer a la junta la modificación del art. 25.5 de los estatutos, en la que expresamente se preveía que los consejeros no tendrían derecho a pensión o beneficio de previsión social. La junta general que tenía que aprobar esta modificación fue convocada para el día 30 de mayo de 2008.

Entre tanto, el Sr. Bernabe había cumplido los 65 años, de tal forma que si cesaba como consejero, puesto que cumplía con los presupuestos previstos en el art. 25.5 (según la versión aprobada en la junta de 19 de junio de 2007), podía acceder a la pensión. El Sr. Bernabe, como miembro del consejo, conocía que la junta general iba a aprobar en la junta de 30 de mayo de 2008 la supresión de este beneficio de previsión social, como de hecho así hizo, y que los restantes consejeros, el 30 de diciembre de 2007, habían renunciado a dicha previsión social contenida en el art. 25.5 de los estatutos.

En estas circunstancias, la dimisión del Sr. Bernabe como consejero, dos días antes de la junta general de 30 de mayo de 2008, en la que presumiblemente se iba a dejar sin efecto aquella previsión social, no sólo pone en evidencia que el propósito de tal renuncia al cargo fue tratar de devengar el derecho a la previsión social del art. 25.5, al que no tendría derecho si cesaba como consejero después de que fuera aprobada por la junta general la modificación estatutaria propuesta por el consejo del que formaba parte, sino que además constituye un abuso de derecho.

La percepción de lo ocurrido, desde la perspectiva de un observador objetivo, permite advertir que: i) la previsión social del art. 25.5 de los estatutos de Mutua Madrileña, aunque fue aprobada por el consejo y la junta general de la Mutua, había sido auspiciada por el Sr. Bernabe, que era el presidente del consejo y a quien directamente y más pronto iba a beneficiar, pues constituía una forma de preparar su jubilación, con una pensión que según reclamó en su demanda ascendería a más de 21 millones de euros; ii) muy pronto, tanto la inspección de la Dirección General de Seguros, como la comisión de auditoría y el propio consejo de administración, cayeron en la cuenta de que la previsión social prevista era excesiva y desproporcionada, que podía perjudicar gravemente a la entidad; iii) por lo que todos los consejeros, menos el Sr. Bernabe, decidieron renunciar a esa previsión social, y el consejo acordó la supresión de esta previsión social, para lo que propuso una modificación del art. 25.5 de los estatutos, que debía aprobarse en la junta general convocada para el día 30 de mayo de 2008. En estas circunstancias, en las que se iba a verificar la rectificación por parte de la junta de mutualistas de la equivocación que supuso la aprobación de la previsión social que se contenía en el art. 25.5 de los estatutos, tal y como fue aprobada en la junta de 19 de junio de 2007 (desde la perspectiva de los intereses de la entidad, como refleja la opinión objetiva de la inspección de la Dirección General

de Seguros), el comportamiento del Sr. Bernabe de dimitir dos días antes de la junta de 30 de mayo de 2008, para reclamar a continuación más de 21 millones de euros como pensión, al amparo de la previsión social contenida en el art. 25.5 de los estatutos, es contrario a las exigencias de la buena fe y socialmente reprochable. Para evitar el perjuicio que conlleva para la entidad la pretensión ejercitada por el Sr. Bernabe, y justificar así su rechazo, debemos declarar que constituye un abuso de derecho.

Como muy bien se argumenta en el voto particular de la sentencia recurrida, el principio general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe al ejercitar un determinado derecho, en un supuesto como el presente, en que se trata de la actuación de un administrador de una mutua de seguros, guarda relación con los especiales deberes del cargo. Conforme a la remisión contenida en el art. 9.3 RDLeg 6/2004, de 29 de octubre (RCL 2004, 2307 y RCL 2005, 213), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, resultan de aplicación los deberes legales de diligencia, fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades de capital para con la entidad (arts. 127, 127 bis y 127 ter TRLSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206)), que tienen su reflejo en el art. 24 de sus estatutos sociales y en el art. 4 del Reglamento de su consejo de administración. Estos deberes, de acuerdo con la Guía de buen gobierno de las entidades aseguradoras, reconocen el principio de primacía del interés social sobre el propio interés del consejero. Y en el comportamiento del demandante, al dimitir dos días antes de que la junta general de mutualistas dejara sin efecto unos derechos de previsión social para los consejeros que la inspección de la Dirección General de Seguros había calificado de excesivos para el régimen de moderación retributivo que debía regir en una mutua de seguros, se antepone un interés particular “abusivo” del consejero al interés general de la entidad, representado por el intento de dejar sin efecto un régimen de previsión social para los consejeros desmedido. En este sentido se puede hablar de un ejercicio antisocial de un derecho, pues en atención a las circunstancias en que se realiza y al propósito perseguido, traspasa los límites normales en su ejercicio.

No compartimos el razonamiento de la audiencia de que “no concurren los requisitos del abuso de derecho porque el daño -el desplazamiento patrimonial derivado del pago de la pensión- no tiene causa directa en la dimisión buscada por el demandante para adquirir su derecho a la percepción de la pensión, sino en la norma estatutaria que prevé su abono cumplidos determinados requisitos”. Es cierto que la pensión reclamada por el demandante se basa en la previsión estatutaria (art. 25.5) vigente al tiempo de dimitir, y que por ello el demandante está ejercitando un derecho que formalmente tiene reconocido en los estatutos de la Mutua, por cumplir los presupuestos previstos en aquel art. 25.5, pero ello no puede ser óbice para apreciar el abuso de derecho, sino que explica su invocación, pues son las circunstancias extra-

ordinarias, antes descritas, las que ponen en evidencia el carácter abusivo de esta conducta. Se puede afirmar que la dimisión del Sr. Bernabe como consejero ocasiona el perjuicio en cuanto que al hacerlo, dos días antes de que la junta general convocada al efecto modificara el art. 25.5 de los estatutos y suprimiera los derechos de previsión social para los consejeros, pretende impedir que se haga efectiva la voluntad social de suprimir aquellos derechos de previsión social, que eran claramente contrarios al interés social.

Desde esta perspectiva, sí puede considerarse que la conducta del Sr. Bernabe (dimitir dos días antes de la junta de 30 de mayo de 2008), al propiciar la aplicación del art. 25.5, justo antes de su modificación, sería causa del perjuicio patrimonial que supondría para la Mutua el pago de la pensión pretendida.»

* STS de 1 de julio de 2014 (Cont.-Admvo.) (Roj: STS 2858/2014)

Ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez

Resumen: Mutualidades de Previsión Social de profesiones colegiadas. Compatibilidad entre el disfrute de una pensión de jubilación de la Seguridad Social con el ejercicio de una actividad profesional colegiada cuando se opta por la afiliación a la correspondiente mutualidad.

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de la Confederación Española de Mutualidades y otros contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª) de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo dirigido contra la Orden TIN 1362/2011, de 23 de mayo, sobre el régimen de compatibilidad entre el disfrute de pensión de jubilación de la Seguridad Social y el ejercicio de profesiones colegiadas.

SEGUNDO.- Para comprender adecuadamente la cuestión planteada, es conveniente tener en cuenta los siguientes antecedentes:

1) En virtud de una antigua Orden Ministerial de 18 de enero de 1967, se venía entendiendo que el disfrute de una pensión de jubilación de la Seguridad Social era incompatible con el ejercicio de una actividad profesional colegiada si ésta última comportaba afiliación al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante, RETA) de la Seguridad Social; pero era compatible cuando se optaba por la afiliación a la correspondiente mutualidad.

2) La Orden TIN 1362/2011 -que es objeto de este proceso- modificó la interpretación del régimen de incompatibilidad recogida en la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967, entendiéndose que el disfrute de una pensión de jubilación de la Seguridad Social es incompatible con el ejercicio de una actividad profesional colegiada también cuando se opta por la afiliación a la correspondiente mutualidad.

3) La Orden TIN 1362/2011 fue impugnada en vía contencioso-administrativa por distintas personas y entidades, incluidas las ahora recurrentes.

4) Poco más tarde, se aprobó la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre modernización del sistema de la Seguridad Social, cuya disposición adicional 37^a establece lo siguiente: “El Gobierno presentará un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. Mientras no se produzca esta regulación, se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo.”

5) Como consecuencia de la aprobación de la norma que se acaba de transcribir, se produjo el desistimiento en otros recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la Orden TIN 1362/2011, al entender los demandantes que ésta había quedado derogada. En el presente asunto, no obstante, sostuvieron los demandantes que el recurso contencioso-administrativo seguía teniendo objeto; lo que, como enseguida se verá, fue aceptado por la Sala de instancia.

TERCERO.- La sentencia impugnada comienza rechazando la alegación formulada por el Abogado del Estado de falta de interés legítimo de los recurrentes para seguir sosteniendo la pretensión anulatoria de la Orden TIN 1362/2011, al entender que ésta ha quedado derogada por la disposición adicional 37^a de la Ley 27/11. Considera la Sala de instancia que no ha habido una derogación expresa, sino únicamente una derogación tácita por incompatibilidad. De aquí infiere que la Orden TIN 1362/2011 ha dejado de ser eficaz o aplicable, mas no ha perdido propiamente vigencia; y así, si por cualquier razón la disposición adicional 37^a de la Ley 27/2011 fuese derogada, la Orden TIN 1362/2011 recuperaría automáticamente su eficacia o aplicabilidad. Ello justifica, siempre a juicio de la Sala de instancia, que los recurrentes siguen teniendo un interés legítimo para sostener su pretensión anulatoria de la citada Orden TIN 1362/2011.

En cuanto al fondo del asunto, la sentencia impugnada rechaza los dos reproches que los recurrentes dirigen a la Orden TIN 1362/2011. Por un lado, entiende que el dictamen del Consejo de Estado -cuya ausencia habían denunciado los recurrentes- no era preceptivo, porque la disposición impugnada no es un reglamento ejecutivo. La sentencia impugnada considera, más bien, que ha sido dictada en ejercicio de la

potestad reglamentaria de autoorganización del Ministerio de Trabajo y, en ese sentido, es un reglamento independiente.

Por otro lado, ya en el plano sustantivo, la sentencia impugnada afirma que la interpretación que la Orden TIN 1362/2011 hace de la incompatibilidad entre el disfrute de una pensión de jubilación de la Seguridad Social y el ejercicio de una actividad profesional colegiada -claramente más restrictiva que la recogida en la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967- es una de las legalmente posibles y, en particular, cabe dentro de lo dispuesto por la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (en adelante, LOSSP):

“Para personas que ejerzan una actividad por cuenta propia en los términos del artículo 10.2.c) de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, y artículo 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, que se colegien en un Colegio Profesional cuyo colectivo no haya sido integrado en dicho Régimen Especial será obligatoria la afiliación a la Seguridad Social. Al objeto de dar cumplimiento a dicha obligación podrán optar por solicitar la afiliación y/o el alta en dicho Régimen Especial o incorporarse a la Mutualidad que tenga establecida dicho Colegio Profesional.”

A la vista de todo ello, la sentencia impugnada desestima el recurso contencioso-administrativo. No obstante, se preocupa de añadir que la Orden TIN 1362/2011, precisamente por haber sido tácitamente derogada por la disposición adicional 37ª de la Ley 27/2011, carece de eficacia o aplicabilidad.

CUARTO.- Se basa este recurso de casación en tres motivos, formulados todos ellos al amparo del art. 88.1.d) LJCA .

(...)

SEXTO.- Abordando ya el motivo primero, no es correcto afirmar -como hacen los recurrentes- que la sentencia impugnada confunde el ámbito de aplicación del RETA con el régimen de incompatibilidades en materia pensión de jubilación de la Seguridad Social. Lo que ocurre es que la afiliación al RETA o a las correspondientes mutualidades es el criterio reglamentariamente empleado, tanto en la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967 como en la Orden TIN 1362/2011, para establecer qué actividades profesionales son incompatibles con el disfrute de una pensión de jubilación de la Seguridad Social; criterio que, por sí solo, no puede tacharse de contrario a derecho. Es más: los recurrentes no contestan la legalidad de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967, cuya diferencia con la Orden TIN 1362/2011 estriba básicamente en declarar compatible el ejercicio de profesiones colegiadas

cuando ello no suponga afiliación al RETA. El motivo primero de este recurso de casación debe, así, ser desestimado.

SÉPTIMO.- Algo más complejo ha de ser el discurso en lo que atañe a los motivos segundo y tercero, que por estar íntimamente relacionados conviene analizar de manera conjunta.

El art. 165.1 LGSS , que los recurrentes citan como infringido en el motivo segundo, establece: “El disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen.”

(...)

La razón por la que los recurrentes consideran vulnerado el art. 165.1 LGSS es, más bien, que la Orden TIN 1362/2011 carece del rango necesario para determinar reglamentariamente las “salvedades” a que hace referencia el citado precepto legal. Los recurrentes afirman, dicho de otro modo, que el desarrollo reglamentario del art. 165.1. LGSS sólo puede hacerse mediante real decreto aprobado en Consejo de Ministros

Ciertamente, el único órgano del Estado cuya potestad reglamentaria está contemplada y garantizada por la Constitución es el Gobierno. Ningún otro órgano disfruta de una atribución de la potestad reglamentaria directamente *ex constitutione* , similar a la que el art. 97 CE hace al Gobierno. Ello nunca ha sido interpretado, sin embargo, como una prohibición constitucional de que otros órganos de la Administración del Estado puedan ser titulares de la potestad reglamentaria si así lo establece la ley. Esta posibilidad ha sido siempre admitida en la tradición jurídica española. Cuestión distinta es, por supuesto, si la potestad reglamentaria legalmente reconocida a órganos de la Administración del Estado inferiores al Gobierno, como son los Ministros, habilita a su titular para dictar reglamentos ejecutivos en sentido propio; o si, por el contrario, esa potestad reglamentaria creada *ex lege* sólo alcanza a producir reglamentos independientes, naturalmente en aquellos ámbitos en que ello es constitucionalmente posible, como es señaladamente el autoorganizativo.

Lo normal es que las llamadas que las leyes hacen para su desarrollo reglamentario vayan dirigidas al Gobierno. De aquí que la mayor parte de los reglamentos ejecutivos de leyes estatales adopten la forma de real decreto. Pero la verdad es que no existe ninguna norma que, al menos expresamente, exija que ello deba ser siempre así. Tal exigencia, desde luego, no se encuentra en el texto constitucional. Tampoco se halla en la Ley del Gobierno, donde actualmente está regulada la potestad reglamentaria en la esfera estatal.

Así las cosas, no cabe excluir de raíz, como pretenden los recurrentes, que el desarrollo reglamentario de normas con rango de ley pueda hacerse mediante orden minis-

terial. Ello es indudablemente inusual, cuando no excepcional; pero no cabe negar tal posibilidad cuando la norma legal que hace la llamada al desarrollo reglamentario no se dirige específicamente al Gobierno. Ello es lo que sucede en el presente caso, en que además la Orden TIN 1362/2011 tenía por objeto simplemente modificar otra orden ministerial anterior. No está de más recordar, siempre en este orden de consideraciones, que el Tribunal Constitucional ha declarado que, si bien lo normal es que el desarrollo reglamentario de normas legales se haga por el Gobierno, la Constitución no excluye que la ley pueda encomendar esa tarea a otros órganos de la Administración del Estado o, en su caso, a otras entidades públicas tales como organismos autónomos y agencias independientes. Véanse, en este sentido, las STC 13/1988, 135/1992 y 133/1997 .

La conclusión de cuanto queda expuesto es que el solo dato de que sea una orden ministerial no es fundamento suficiente para afirmar, como hacen los recurrentes, que la Orden TIN 1362/2011 vulnera el art. 162.1 LGSS .

Ocurre, sin embargo, que en la sentencia impugnada se dice, según se dejó anotado más arriba, que la Orden TIN 1362/2011 es producto de la potestad reglamentaria de autoorganización del Ministerio de Trabajo; algo que le da pie para excluir que fuese preceptivo el dictamen del Consejo de Estado en su elaboración.

Y es aquí precisamente donde se encuentra la infracción de los preceptos invocados por los recurrentes.

En efecto, dicha caracterización de la Orden TIN 1362/2011 es errónea, tal como se desprende de todo lo razonado anteriormente: la regulación por vía reglamentaria de las “salvedades” a que hace referencia el art. 162.1 LGSS supone la elaboración y aprobación de un reglamento ejecutivo en sentido propio. Y en la elaboración de los reglamentos ejecutivos de leyes estatales, independientemente de que éste adopte la forma de real decreto o de orden ministerial, es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado. Así, al haber caracterizado la disposición impugnada como un reglamento independiente de naturaleza autoorganizativa y, en consonancia con ello, haber dado por buena la omisión del trámite de consulta al Consejo de Estado, la sentencia impugnada ha infringido los arts. 162. 1 LGSS y 122.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado .

Los motivos segundo y tercero de este recurso de casación deben ser estimados, con la consiguiente anulación de la sentencia impugnada.

OCTAVO.- De conformidad con el art. 95.2.d) LJCA , procede ahora resolver el fondo del litigio en los términos en que ha quedado planteado. Esta Sala entiende que la alegación del Abogado del Estado sobre la falta de interés legítimo de los recurrentes para continuar sosteniendo su pretensión anulatoria tras la entrada en vigor de la disposición adicional 37^a de la Ley 27/2011 está plenamente justificada. No es

posible compartir el criterio de la Sala de instancia según el cual la citada disposición adicional 37ª no deroga expresamente la Orden TIN 1362/2011, sino que produce una mera derogación tácita por incompatibilidad, cuya consecuencia -lejos de consistir en la pérdida de vigencia de la norma anterior - sería una mera pérdida de eficacia o aplicabilidad.

Es verdad que, con frecuencia, en los supuestos de derogación tácita por incompatibilidad es difícil apreciar una auténtica pérdida de vigencia de la norma anterior, precisamente por la razón aducida en la sentencia impugnada, a saber: que, al no haber sido inequívocamente eliminada la norma anterior, siempre cabe entender que ésta podría retomar su eficacia o aplicabilidad si la norma posterior -por alguna razón, tal como su posterior derogación o su anulación- desapareciese.

Ahora bien, ocurre que el presente caso mal puede ser caracterizado como de derogación tácita por incompatibilidad. Que la disposición adicional 37ª de la Ley 27/2011 no haya utilizado una fórmula sacramental del tipo “queda derogada la disposición X” no significa que no haya identificado con suma precisión qué norma debía tenerse por definitivamente eliminada. Así se desprende de su inciso final, donde se dice que mientras no se produzca la nueva regulación legal prevista en el inciso precedente, “se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo”. Es claro que la intención del legislador era volver -al menos, hasta que se apruebe una nueva regulación legal de la materia- a la situación normativa anterior a la Orden TIN 1362/2011; lo que implica la definitiva pérdida de vigencia de la misma.

De aquí se sigue que el recurso contencioso-administrativo carece en este momento de un objeto susceptible de impugnación en el sentido del art. 69.c) LJCA, por lo que debe declararse su inadmisibilidad.»

III. ASOCIACIONES

* STS de 6 de noviembre de 2013 (RJ 2013/7772)

Ponente: José Díaz Delgado

Resumen: *Vulneración del derecho de asociación al denegarse la solicitud de compatibilidad del ejercicio de la función jurisdiccional con el cargo de fedatario-administrador de la asociación “Plataforma Cívica para la Defensa de la Justicia”.*

Fundamentos de Derecho

«(...) ha de estimarse el presente recurso, por cuanto se vulnera el derecho de asociación reconocido en el artículo 22, ya que aun cuando esta Sala ha considerado en alguna ocasión que la presidencia de una fundación de una Entidad Mercantil era incompatible con el ejercicio de la función jurisdiccional, ello era precisamente atendiendo, caso por caso, a la naturaleza de dicha fundación, directamente vinculada a una entidad mercantil (caso de la Sentencia de 8 de febrero de 2010, ya citada). Corresponde sin embargo a la demandada demostrar dicha vinculación, y en el presente caso, del contenido transcrito del artículo 21 de los Estatutos de la Fundación [sic] Plataforma Cívica para la Defensa de la Justicia no se desprende que las funciones del Fedatario-Administrador serán incompatibles con la función jurisdiccional, y desde luego la referencia genérica a las causas de incompatibilidad de los artículos 389 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial no suponen la motivación necesaria que permita su fiscalización y control por los Tribunales y por ello se causa indefensión al recurrente y el acto impugnado debe ser anulado, sin que sea válido alterar la carga de la prueba de la incompatibilidad imputándosela a quien la solicita, y sin que se adivine porque ha de presumirse el asesoramiento jurídico por la pertenencia de un jurista a una asociación, por el mero hecho de serlo.

Igualmente, de conformidad con el voto particular que emiten algunos vocales del Consejo General existe vulneración del artículo 14 de la Constitución, pues del propio informe que se emite por el Secretario del Consejo del Poder Judicial y que consta transcrito, se demuestra que dicho Órgano constitucional venía concediendo la compatibilidad para ser directivo de la citada fundación, incluso para cargos como el de Secretario General con funciones más amplias y ejecutivas, sin que se haya justificado en el acuerdo impugnado el cambio de criterio.

No se observa sin embargo la existencia de vulneración de la libertad de expresión alegada, pues el hecho de no formar parte de la directiva de la fundación, para nada afectaría a dicha libertad, ni individualmente, ni a través de la asociación, cuya afiliación se considera compatible por el acuerdo impugnado.»

* STS de 11 de abril de 2014 (Civil) (RJ 2014, 2613)

Ponente: Pilar Tello Gamella.

Resumen: *Asociación de consumidores. Falta de legitimación activa para impugnar el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. No concurre en la asociación derecho o interés legítimo exigido por el art. 19*

a) LJCA, ni puede amparar su legitimación en la defensa colectiva de intereses difusos de los consumidores (art. 19 b) de LJCA).

Fundamentos de Derecho

«TERCERO.- (...)

En el caso examinado, advertimos que la asociación de usuarios recurrente no invoca la titularidad de ningún derecho, ni la concurrencia de interés legítimo alguno, pues la cita de lo establecido por el artículo 9 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007, se limita a indicar que los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores. Pero de tal previsión general no deriva una legitimación general o absoluta para impugnar cualquier acto o disposición general, sobre todo cuando dicha disposición no afecta sólo a los ciudadanos que tienen que decidir si consumen un determinado bien o no, sino que “afecta” a todos los contribuyentes, como seguidamente veremos.

CUARTO.- No podemos entender que los miembros de la asociación recurrente “resulten afectados” (artículo 19.b/ de la LJCA) por la disposición general recurrida, ni que los consumidores en general, según esa defensa difusa de intereses que puede atribuirse a las asociaciones de consumidores, resulten afectados por la disposición general impugnada.

(...) la indicada disposición adicional décima del RD Ley 20/2011 y el real decreto ahora recurrido introducen un importante cambio en el sistema de financiación de la compensación equitativa de copia privada, que deja de depender de lo recaudado por las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual que se obtiene por los equipos, aparatos y soportes de reproducción (sistema de canon), a financiarse directamente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

El sistema que se alumbra, por tanto, hace recaer sobre todos los contribuyentes el importe de la “compensación equitativa” por la copia privada, y no sobre los consumidores o usuarios de determinados bienes (equipos, aparatos o soportes de reproducción).

QUINTO.- Este significativo cambio normativo no ocasiona ningún beneficio ni perjuicio en la esfera de los usuarios de la comunicación, a los que representa la asociación recurrente, derivado de una eventual declaración de nulidad de la disposición general impugnada, toda vez que los “afectados” por la norma son, insistimos, todos los contribuyentes. Por ello, los directamente concernidos por dicha norma, los que realmente pagan esa compensación equitativa por copia privada, son todos los que pagan tributos, al margen, por tanto, de la fabricación, distribución o adquisición de equipos, aparatos o soportes de reproducción.

La solución contraria que postula la asociación recurrente supondría reconocer una especie de acción pública a las asociaciones de consumidores para la defensa de cualquier medida que tenga repercusión sobre los Presupuestos Generales del Estado. Privando, por esta vía, a la legitimación activa del presupuesto legitimador que se concreta, como señalamos al inicio del fundamento segundo, en una determinada relación específica entre el que ejercita la acción y el objeto del proceso, y convirtiendo a las asociaciones de consumidores, respecto de su actuación procesal, en unas defensoras de la legalidad.»

* STS de 13 de junio de 2014 (Civil) (RJ 2014/3181)

Ponente: Ramón Trillo Torres

Resumen: *Legitimación activa asociación. Falta de capacidad de los entes asociativos para, mediante una autoatribución estatutaria basada en el objeto social, acceder a la jurisdicción. Asociación que tiene entre sus objetivos el de actuar contra todo tipo de discriminación, entre los que se menciona explícitamente la originada por causa de lengua. Inexistencia de interés legítimo para impugnar Decreto sobre acreditación del conocimiento lingüístico del profesorado de las Universidades del sistema universitario de Cataluña. El interés de la asociación no excede del de mera legalidad y éste es insuficiente para justificar una legitimación ad procesum.*

Fundamentos de Derecho

«A la hora de argumentar su postura, [la asociación recurrente] nos dice, en primer lugar, que la Sala de instancia, al calificar la norma recurrida como “cuestiones de personal y régimen jurídico de acceso a los profesores universitarios” habría escondido su verdadera naturaleza, que sería la de generar una discriminación por razón de la lengua, lo que desencadenaría su legitimación para el proceso, al ser uno de los objetivos de la asociación el de actuar contra todo tipo de discriminación, entre los que se menciona explícitamente la originada por causa de lengua.

En contra de lo afirmado por la recurrente, la Sala de instancia no yerra en su perspectiva de la cuestión: lo que viene a decir es que no estando los asociados en cuanto tales concernidos por una eventual afectación al principio de igualdad debida a una exigencia específica de conocimiento de la lengua catalana para desempeñar el profesorado universitario, su interés en el tema no excede del de mera legalidad y por eso es insuficiente para justificar una legitimación *ad procesum*, de modo que en el razonar de la sentencia no se ignora el criterio de la demandante, pero se le objeta que dada su ausencia de una específica relación con el profesorado universitario, no

concorre en élla el directo beneficio o perjuicio para su esfera jurídica que justifica la legitimación activa para un concreto proceso.

(...)

En realidad, en el caso que enjuicamos lo que está en juego es la capacidad de los entes asociativos para, mediante una autoatribución estatutaria basada en el objeto social, acceder a la jurisdicción.

El objeto social de la recurrente es el amplísimo y genérico que se describe en el artículo segundo de sus Estatutos, (...) y que por eso pondría teóricamente en manos de [la asociación] la legitimación para accionar frente a cualquier actuación que considerase atentatoria a los derechos y libertades fundamentales, a las virtudes cívicas, a los valores democráticos o al principio de igualdad, constituyéndose así en autogarante universal de tan nobles bases de la convivencia nacional, incluidos casos tan concretos y peculiares como el que soporta materialmente la pretensión ejercitada en este proceso, cual es la de combatir, por entenderla discriminatoria, que los profesores de los cuerpos docentes universitarios de las universidades públicas hayan de acreditar el conocimiento suficiente del catalán en los concursos de acceso convocados por las universidades catalanas.

Visto en estos términos, es claro que existe un marco delimitado de personas directamente concernidas por la disposición, marco susceptible de mayor o menor ampliación y que serían las que en forma individual o asociativa podrían invocar el interés determinante de su legitimación activa en cuanto que por su profesión, títulos o actividad pudieran verse favorecidos o perjudicados por la misma, pero dicho interés no es predicable de una asociación cuya nobleza de fines se articula en términos abstractos de defensa de valores y normas fundamentales de la Constitución, en la que pueden integrarse cualesquiera personas físicas mayores de 18 años y por eso sin delimitación alguna que permita establecer diferencia entre su objeto y el de la mera defensa de la legalidad, aunque en este caso lo sea referida a básicos pilares constitucionales, lo que nos lleva a desestimar el motivo, con la consiguiente desestimación del recurso de casación.»

IV. FUNDACIONES

* STS de 29 de octubre de 2014 (Cont.- Admvo.) (JUR 2014/271350)

Ponente: Ramón Trillo Torres

Resumen: *Autorización no obligatoria del Protectorado para la adquisición por una Fundación de acciones de una sociedad constructora.*

Antecedentes

D^a Lorena interpuso recurso contra la resolución de la Consejería de Educación y Cultura del Gobierno de las Islas Baleares, en funciones de Protectorado sobre las Fundaciones, que autorizó, entre otros pronunciamientos, a la “Fundación Rubio Tudurí Andrómaco” la compra del 19% de las acciones de una empresa constructora “Construcciones Modernas Menorquinas, S.A.” por un precio mínimo de 2.101.138,76 euros.

El recurso fue desestimado. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de Palma de Mallorca del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares dictó sentencia desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la misma recurrente que presentó recurso de casación.

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- La sentencia impugnada nos dice, en cuanto a los hechos, que <<1º.- *La petición de autorización se había instalado en la Administración, (...) se emitió un informe favorable de los servicios jurídicos y se dictó la resolución administrativa autorizando la compra al precio de 62,98 euros la acción, a pesar de que aún faltaban requisitos formales como era la constancia del acta de la reunión en la que se había acordado la compra y que la petición iba firmada por el vicepresidente de la Fundación que no de la presidenta, (...) y nos es ahora indiferente el resultado del contencioso civil sobre la referida cuestión-*

2º.- *La compra lo era por un total del 19% de las acciones de una empresa constructora “Construcciones Modernas Menorquinas S.A.” por un precio mínimo de 2.101.138,76 euros.*

3º.- *La autorización de compra de acciones a la referida empresa (...) lo era de una que tiene como objeto social: “El ejercicio del comercio inmobiliario que comprende expresamente la adquisición, construcción, enajenación y alquiler de toda clase de solares, fincas urbanas, edificios, complejos industriales y hoteleros”.*

4º.- *La falta de alguno de los requisitos formales de presentación con la solicitud fue inmediatamente subsanada y nos es irrelevante que el acuerdo adoptado por el Patronato se hubiese adoptado de forma unánime o por una mayoría cualificada que saldría de un voto negativo y una abstención, como también, y dadas las circunstancias del caso no le damos ninguna importancia, al hecho de que la presidenta hubiese firmado o no aquel, como así resulta, en cambio, de la prueba practicada en las actuaciones en que reconoció su firma>>.*

Por lo que se refiere a la fundamentación jurídica de la demanda, la sentencia recurrida nos informa de que el contencioso se plantea desde una doble vertiente, a saber: una primera sobre la intervención administrativa, con el añadido de cual es en realidad el alcance de la autorización y otra segunda, referente a la invocada desviación de poder.

Por lo que respecta a la primera cuestión, esto es, la autorización, la Sala de instancia razona sobre su alcance:

<<Hay que a decir, que el artículo 6 de los Estatutos de la Fundación, dispone: “La Fundación tiene por objeto, con carácter general, el fomento y desarrollo de la cultura, la promoción de la investigación científica, sobre todo en los ámbitos agrícolas y ecológicos, la divulgación de temas científicos y técnicos y también le deporte, siempre que dichas actividades extienda relacionadas con la Isla de Menorca”.

También debemos remarcar que la Consejería de Educación y Cultura del Gobierno en las Islas Baleares dictó aquella ‘en ejercicio de las funciones de Protectorado sobre las fundaciones de carácter cultural, educativo, docente, científico y de investigación general’. Protectorado que conforme a lo que se prevé en el artículo 35.1.e) de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, entre otras funciones tiene la de: “Velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad del fundador, y teniendo en cuenta la consecución del interés general.”

Ahora bien, este articulado se ha de cohonestar con el que se prevé en el artículo 16 de los Estatutos de la Fundación: “La Fundación no podrá adquirir sin autorización del Protectorado bienes muebles o inmuebles cuyo precio exceda del 50 por ciento de los ingresos anuales, excepto cuando se trate de la adquisición de valores cotizados en bolsa”.

Alcance concreto, podemos aseverar que no había necesidad de autorización por parte del Protectorado para la adquisición de acciones por parte de la Fundación. No obstante, y en la medida en que se efectuó y se cumplieran los requisitos formales del artículo 18 del Reglamento de Fundaciones, no había ningún inconveniente para que la Administración, usando sus facultades de intervención y de policía administrativa, actuase en la forma en que lo hizo. Facultades derivadas de la Ley 50/2002, el Decreto 61/2007, de 18 de mayo de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y el Real Decreto 1337/2005. Eso no es contradictorio con lo que afirma la dirección letrada de la

parte actora con respecto al que se prevé al artículo 3.1 de la Ley 30/1992 sobre los principios de buena fe y confianza legítima, todo lo contrario.

Tampoco, la autorización dada, superando incluso las posibilidades de la Exposición de motivos de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, fue contraria a derecho, ya que cabía, si se quería hacer así, la simple comunicación.

Hacemos nuestra, además, la cita que nos hace la parte demandada de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2003 en tanto que de la Ley no se desprende un control ilimitado del Protectorado sobre el funcionamiento interno de la Fundación en cualquier supuesto, sino, y tan solo, una intervención en los casos excepcionales. Por otro lado, y ya para cerrar esta disertación, no hace falta perder de vista el contenido del artículo 25 del Decreto, antes citado, 61/2007, de 18 de mayo, y, en especial, su letra a) cuanto habla de las funciones del Protectorado para autorizar los actos de alienación y venta, que no era el caso, sino la compra de acciones; supuesto, en cambio, que encaja en el artículo 24 de la Ley 50/2002 y también en el 24 del Real Decreto 1337/2005.

El Protectorado asume funciones administrativas de policía. No era necesaria su intervención, no obstante, con ella, se produjo una mayor garantía y cobertura, en forma de seguridad jurídica>>.

Por lo que se refiere a la desviación de poder, que la parte justifica en la rapidez y forma de la autorización -todo se presentó, informó y resolvió en un mismo día-, la sentencia argumenta para denegar su concurrencia que

<<(…), la sentencia de 8 de octubre de 2002 dictada por el Tribunal Supremo, y reiterada por otros posteriores, dijo: La desviación de poder implica, como se desprende de la definición del artículo 83 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción y de la copiosa jurisprudencia a que ha dado lugar, una infracción del Ordenamiento Jurídico que se produce en los actos que, ajustados a la legalidad extrínseca, están inspirados en consideraciones ajenas al interés del servicio, por lo que la apreciación de este vicio requiere, no ya la simple confrontación con la regla de derecho, de los elementos objetivos del acto, como en la infracción del Ordenamiento Jurídico, sino la investigación de las intenciones subjetivas del agente público, para determinar si existe coincidencia entre la fin contemplado por la Ley y perseguido con la actuación administrativa, que habrá de ser puesto de relieve por esa indagación de los móv psicológicos de su autor, de su adecuación al fin”.

La pregunta que hay que responder aquí es donde observa la parte actora que en el ejercicio del análisis para la autorización de la compra de acciones, y en funciones de protectorado por parte de la Administración demandada, haya actuado esta de forma arbitraria, irracional o injustificada y, en consecuencia, fuera de los límites que se prevén en el artículo 103.1 de la Constitución. La rapidez en las facultades de intervención, en definitiva, de policía administrativa, sorprendentes, lo afirmamos una vez más, no son suficientes para entender que la Administración se ha decantado o apartado del ordenamiento

jurídico. Como tampoco observamos una desviación de poder por el hecho de que la aceptación por la Administración del informe técnico, para la revisión y estudio de la operación de compra, hubiese estado evacuado por un economista y auditor, el Sr. Horacio, designado por el Co Oficial de Economistas. Lo que importaba, e importa más, es saber si el resultado de la compra de acciones ha supuesto una mejora económica o de cualquiera otro tipo en las expectativas de la Fundación y por tanto si fue, desde un punto de vista técnico, y observado ahora con el tiempo transcurrido, correcto.

En cualquier caso, en la forma en que fue propuesta y practicada la prueba por la parte actora, tan solo documental, a pesar de que pueda ser toda ella relevante por otros contenciosos del orden civil, aquí, en cambio, no se ha desvirtuado el acuerdo impugnado para entenderse que concurre en él una desviación de poder; (...)>>.

SEGUNDO.- El recurso se funda en tres motivos, el primero acogido a la letra c) del artículo 88.1 de la LJC y los dos restantes a la letra d).

En el primero se denuncia incongruencia omisiva, con infracción del artículo 219.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la base de que en la demanda se había alegado que procedía la autorización administrativa en caso de adquisición de valores que no cotizasen en bolsa, no obstante lo cual la Administración, que sí había otorgado la autorización, mantuvo en el proceso por primera vez y en contra de sus propios actos, la tesis de su incompetencia para autorizar la compra, generando así indefensión a la recurrente.

El motivo no puede prosperar, porque montada la litis sobre el acto de autorización el argumento de la Administración en la contestación a la demanda de que la misma no era exigible es congruente con lo debatido y susceptible de ser contestado por la recurrente en conclusiones, como realmente aconteció, de modo que desde el punto de vista de una eventual indefensión debemos rechazar que la sentencia haya de casarse en función de esta alegación.

TERCERO.- En el segundo motivo se denuncia que la Sala de instancia ha infringido la doctrina jurisprudencial que reconoce que es revisable en casación la apreciación de la prueba cuando es arbitraria, no razonable o conduce a resultados inverosímiles, lo que en este caso habría ocurrido al haberse aquella equivocado de forma grave, arbitraria y no razonable, cuando después de valorar la prueba, afirma que tras la intervención del Protectorado se produjo una mayor garantía y cobertura en forma de seguridad jurídica.

El motivo no puede prosperar por la obvia razón de que cualquiera que sea la sorpresa que a la propia Sala sentenciadora le haya producido la celeridad en la tramitación de la autorización o las dudas que a la parte se le ofrezcan sobre la independencia y objetividad del técnico informante de la operación designado por el Colegio de Economistas, son todas ellas apreciaciones sobre una actuación -la autorización

del Protectorado para la adquisición de las acciones por la Fundación- que la sentencia recurrida no consideraba preciso que mediara a los efectos de dicha adquisición, de modo que el valor que aquella le da a la intervención del Protectorado es la de un mero complemento voluntario dirigido a asegurar que a la decisión de adquirir no le faltase requisito alguno -y este es el sentido de la idea de una mayor garantía- no el de condicionante de una voluntad de adquirir que a juicio de la Sala de Baleares no necesitaba para su validez de tal autorización del Protectorado.

Por eso resulta no aceptable la posición de la parte recurrente que pretende combatir por la vía de una arbitraria valoración de la prueba lo que la Sala resolvió valiéndose de una interpretación jurídica de los textos legales aplicables y del artículo 16 de los Estatutos de la Fundación.

Y son razones sustancialmente iguales las que impiden que por la vía del tercer motivo apreciemos que la sentencia recurrida haya infringido el artículo 70.1.2 de la LJC por no haber considerado que el acto de autorización ha incurrido en desviación de poder con base en la prueba consistente en la celeridad con que había sido dictado y las dudas que a la parte se le suscitan acerca de la nitidez del técnico que informó sobre la adquisición de las acciones desde el punto de vista económico.

A pesar de la inocuidad que la sentencia impugnada predica de la autorización, toda la argumentación de la representación procesal de la señora Lorena toma como base que la misma fuese inexcusable para la válida adquisición de las acciones, pero esta caracterización - como hemos dicho- es negada por la sentencia, lo cual no solo devalúa intrínsecamente su eficacia sino que además deja sin contenido una invocación de desviación de poder que se movería en el vacío al referirse a un fin -el de dar validez a la decisión de adquirir las acciones- para cuya consecución la Sala de Baleares no le reconoce habilitación alguna a la autorización.»

ÍNDICE CRONOLÓGICO

- * *STS de 27 de septiembre de 2013 (Social) (RJ 2014\396)*
 Recurso para unificación de doctrina. Cooperativa de enseñanza. Centro concertado de enseñanza. A efectos de la paga extraordinaria por antigüedad reconocida en convenio debe computarse el período trabajado como socio-trabajador de cooperativa de trabajo asociado afiliado al RETA. El status jurídico del socio-trabajador de una Sociedad Cooperativa se considera de carácter mixto en cuanto a que se asienta sobre una relación societaria y al mismo tiempo se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo con tratamiento jurídico laboral en gran medida..... 407
- * *STS de 29 de octubre de 2013 (Penal) (Roj: STS 5247/2013)*
 Responsabilidad penal de Presidente, Vicepresidente y Secretario de Cooperativa de Viviendas. Apropiación indebida de cantidades que fueran entregadas en concepto de depósito de reserva y señal para la adquisición de viviendas y se dedicaron a otros usos con lo que tras el fracaso del proyecto no fueron devueltas a los depositantes como estaba previsto en el contrato firmado..... 405
- * *STS de 6 de noviembre de 2013 (RJ 2013/7772)*
 Vulneración del derecho de asociación al denegarse la solicitud de compatibilidad del ejercicio de la función jurisdiccional con el cargo de fedatario-administrador de la asociación "Plataforma Cívica para la Defensa de la Justicia" 470
- * *STS de 10 de diciembre de 2013 (Social) (RJ 2013\8402)*
 * *STS de 10 de diciembre de 2013 (Social) (RJ 2014\391)*
 Recurso para unificación de doctrina. Cooperativa de enseñanza. Centro concertado de enseñanza. A efectos de la paga extraordinaria por antigüedad reconocida en convenio debe computarse el período trabajado como socio-trabajador de cooperativa de trabajo asociado afiliado al RETA. El status jurídico del socio-trabajador de una Sociedad Cooperativa se considera de carácter mixto en cuanto a que se asienta sobre una relación societaria y al mismo tiempo se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo con tratamiento jurídico laboral en gran medida..... 407

- * *STS de 18 de diciembre de 2013 (Cont.-Admvo.) (RJ 2014\278)*
Régimen fiscal. Impuesto de sociedades: ejercicios 1999, 2000, 2001. Requisitos de exclusión del régimen de incrementos patrimoniales de las aportaciones obligatorias efectuadas por los socios en los supuestos de baja en la cooperativa..... 408
- * *STS de 20 de diciembre de 2013 (Cont.-Admvo.) (RJ 2014\212)*
Cooperativa de Trabajo Asociado. Régimen fiscal Impuesto de sociedades: ejercicios 1998, 1999, 2002. Las operaciones con el personal asalariado tienen la consideración de operaciones cooperativizadas con terceros no socios y los rendimientos de tales operaciones tienen la consideración de extracooperativos, por lo que su no contabilización separada de las operaciones con los socios cooperativistas conlleva la pérdida de la condición de fiscalmente protegida 409
- * *Auto TS de 21 de enero de 2014 (Civil) (JUR 2014\27533)*
Las infracciones de preceptos de la Ley 5/1998, de Cooperativas de Galicia, son infracciones del Derecho civil especial propio de dicha Comunidad Autónoma. Cuando la Sentencia que se recurre en casación fue dictada por un órgano jurisdiccional civil con sede en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio foral o especial y en la sentencia recurrida se resuelve conforme a los preceptos Ley 5/1998 de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia es la competente para conocer del recurso de casación, competencia que le viene atribuida en virtud del art. 22.1. a) del Estatuto de Autonomía de Galicia..... 409
- * *STS de 28 de enero 2014 (Penal) (RJ 2014\795)*
Cooperativa del campo con sección de crédito. Responsabilidad penal Consejero delegado-gerente. Consejero delegado de una cooperativa del campo con sección de crédito que actuaba también como gerente de la cooperativa, con amplios poderes y sin un verdadero control por parte de los miembros del Consejo Rector ni del Consejo de Vigilancia, y que en diversas ocasiones retiró importantes cantidades de dinero, hasta alcanzar varios millones de euros, de la cuenta corriente de la Cooperativa, en la que figuraban los depósitos de numerosos cooperativistas. Condena por los delitos de administración desleal y falsedad contable..... 411

** STS de 6 de febrero de 2014 (Civil) (RJ 2014\1313)*

Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha. Baja de socio: criterios para determinar el reembolso de las aportaciones al socio que se da de baja. Deducción de pérdidas imputables al socio en el reembolso de las aportaciones sociales: a los socios que se dan de baja debe aplicarse un criterio de liquidación y no de empresa en funcionamiento. Improcedencia de la deducción por inversiones no amortizadas o pendientes de pago. Función del capital social en las cooperativas

Los principios que informan el régimen económico de las sociedades cooperativas son muy diferentes a los que informan las sociedades de capital: el capital social tiene en la sociedad cooperativa una función muy diferente a la que tiene en la sociedad de capital. Los socios en caso de baja no tienen derecho a un «valor razonable» de su participación en el capital social, sino al reembolso conforme al valor que tengan en el balance del ejercicio de la baja en la cooperativa 420

** STS de 7 de febrero de 2014 (Cont.-Admvo.) (RJ 2014/909)*

El seguro escolar, por el que se garantiza a los beneficiarios el pago de los gastos de continuación de estudios a la muerte del mutualista, no es un seguro de vida, por lo que no queda obligado a las exigencias financieras propias de este tipo de seguros 461

** Auto TS de 11 de febrero de 2014 (Civil) (JUR 2014\53518)*

Condena a cooperativa al pago de cantidad derivada de un préstamo entre el actor cooperativista contra la cooperativa demandada, el TS inadmite del recurso de casación interpuesto por la cooperativa en que, entre otros motivos se alegaba la jurisprudencia de que "...los socios cooperativistas no pueden ser considerados como terceros frente a los actos y contratos realizados en nombre de la Cooperativa...", y que los socios en general (la cooperativa) no han sido capaces, o las circunstancias no les han permitido, generar la liquidez necesaria para poder hacer efectivo ese crédito, no se puede entender a la cooperativa como ente abstracto sino como la suma de las necesidades comunes de todos los socios 432

** STS de 24 de febrero de 2014 (Civil) (RJ 2014\1154)*

Caducidad de la impugnación de acuerdo de exclusión de socios: vencimiento del plazo de un año a contar desde la fecha del acuerdo 435

** STS de 28 de febrero de 2014 (Civil) (RJ 2014\1160)*

Legitimación activa de cooperativa para reclamar los daños y perjuicios contra constructora derivados de una obra mal hecha pese a haber vendido casi la totalidad de las viviendas 438

* *Auto TS de 4 de marzo de 2014 (Civil) (JUR 2014\95909)*

Las infracciones de preceptos de la Ley 5/1998, de Cooperativas de Galicia, son infracciones del Derecho civil especial propio de dicha Comunidad Autónoma. Cuando la Sentencia que se recurre en casación fue dictada por un órgano jurisdiccional civil con sede en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio foral o especial y en la sentencia recurrida se resuelve conforme a los preceptos Ley 5/1998 de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia es la competente para conocer del recurso de casación, competencia que le viene atribuida en virtud del art. 22.1. a) del Estatuto de Autonomía de Galicia..... 409

* *STS de 3 de abril de 2014 (Civil) (RJ 2014/2568)*

Mutua. Existencia de abuso de derecho cuando, acordado en el consejo de administración de una aseguradora la supresión del derecho pensiones vitalicias reconocidas a los consejeros, el presidente de la entidad dimite dos días antes de que dicho acuerdo sea ratificado por la junta general y modificado a tal efecto los estatutos. La dimisión como consejero ocasiona el perjuicio, pues pretende impedir que se haga efectiva la voluntad social de suprimir aquellos derechos de previsión social, que eran claramente contrarios al interés social 462

* *STS de 11 de abril de 2014 (Civil) (RJ 2014/2613)*

Asociación de consumidores. Falta de legitimación activa para impugnar el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. No concurre en la asociación derecho o interés legítimo exigido por el art. 19 a) LJCA, ni puede amparar su legitimación en la defensa colectiva de intereses difusos de los consumidores (art. 19 b) de LJCA)..... 471

* *STS de 5 de junio de 2014 (Penal) (RJ 2014\3913)*

Responsabilidad penal de Presidente y Vicesecretario de cooperativa. Delito de administración desleal del presidente. Delito de falsedades: certificaciones suscritas por el secretario de la cooperativa y el presidente 440

* STS de 12 de junio de 2014 (Civil) (RJ 2014\3718)

Nulidad acuerdos del consejo rector de una cooperativa ganadera, sometida a la Ley 4/2002 de Cooperativas de Castilla y León, por los que se sancionaba con una indemnización de daños y perjuicios a dos socios que habían incumplido la obligación de sacrificar sus animales exclusivamente en el matadero de la cooperativa, y les privaba de recurrir tal decisión ante la asamblea general. La citada obligación venía impuesta en los estatutos y en un contrato concertado entre la cooperativa y sus socios, en el que además se contemplaba una cláusula penal (indemnización de daños y perjuicios) para el caso de su incumplimiento, diversa de la prevista en los estatutos. El acuerdo del Consejo Rector tiene naturaleza sancionatoria. El contrato particular puede concretar la obligación del socio, pero deben seguirse los trámites de todo expediente sancionador y contra la resolución motivada se podrá interponer recurso ante la Asamblea General. Al no haberse realizado ninguno de estos trámites procede la declaración de nulidad de los acuerdos 447

* STS de 13 de junio de 2014 (Civil) (RJ 2014/3181)

Legitimación activa asociación. Falta de capacidad de los entes asociativos para, mediante una autoatribución estatutaria basada en el objeto social, acceder a la jurisdicción. Asociación que tiene entre sus objetivos el de actuar contra todo tipo de discriminación, entre los que se menciona explícitamente la originada por causa de lengua. Inexistencia de interés legítimo para impugnar Decreto sobre acreditación del conocimiento lingüístico del profesorado de las Universidades del sistema universitario de Cataluña. El interés de la asociación no excede del de mera legalidad y éste es insuficiente para justificar una legitimación *ad procesum* 473

* STS de 23 junio 2014 (Cont.-Admvo.) (RJ 2014\3482)

Nulidad de la Orden Ministerial ARM/1513/2010 por la que se convoca la concesión de subvenciones de los fondos procedentes de la modulación para la realización de actuaciones de apoyo a los seguros agrarios durante el año 2010 para organizaciones profesionales agrarias y organizaciones cooperativas de ámbito estatal, por ser improcedencia aplicar el criterio de la mayor representatividad en el ámbito de sindicatos, organizaciones o asociaciones para tener la condición de beneficiarios respecto de actividades ajenas a actuaciones de representación institucional 451

- * *STS de 1 de julio de 2014 (Cont.-Admvo.) (RJ 2014\3659)*
Cooperativas. Para determinar de en qué supuestos procede el enjuiciamiento de las resoluciones del Registro de Cooperativas de Euskadi ante la jurisdicción civil o ante la contencioso-administrativa, hay que estar a la naturaleza de la actuación del Registro y a la legislación que proceda aplicarle. En el caso, recurso contra una resolución administrativa que deniega la inscripción en el Registro de Cooperativas de la escritura pública de reactivación de una cooperativa, la competencia jurisdiccional es la civil puesto que es el derecho privado el que regula el nacimiento y pervivencia de la cooperativa, y aunque, el acto de inscripción en el Registro de estos actos corresponde a un órgano administrativo, su actuación calificadora no está sujeta al derecho administrativo, no porque lo ordene la Ley Vasca, sino por aplicación de lo dispuesto en los artículos 9.4 de la Ley LOPJ y el 1.1 de la LJCA..... 455
- * *STS de 1 de julio de 2014 (Cont.-Admvo.) (Roj: STS 2858/2014)*
Mutualidades de Previsión Social de profesiones colegiadas. Compatibilidad entre el disfrute de una pensión de jubilación de la Seguridad Social con el ejercicio de una actividad profesional colegiada cuando se opta por la afiliación a la correspondiente mutualidad..... 465
- * *STS de 29 de octubre de 2014 (Cont.- Admvo.) (JUR 2014/271350)*
Fundaciones. Autorización no obligatoria del Protectorado para la adquisición por una Fundación de acciones de una sociedad constructora..... 475

RESEÑA DE LEGISLACIÓN SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL

Gemma Fajardo García
Profesora Titular de Derecho Mercantil

RELACIÓN SISTEMÁTICA DE DISPOSICIONES OCTUBRE 2013 - JUNIO 2014

ESTATAL

Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de **cajas de ahorros y fundaciones bancarias**. (BOE 311, de 28 de diciembre de 2013).

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**. (BOE 289, de 3 de diciembre de 2013).

Orden AEC/192/2014, de 21 de enero, por la que se modifica la Orden AEC/2909/2011, de 21 de octubre, por la que se establecen las bases para la concesión de subvenciones de **cooperación internacional para el desarrollo**, y se suspende la aplicación de determinados porcentajes fijados en la misma. (BOE 39, de 14 de febrero de 2014).

Orden AAA/525/2014, de 4 de marzo, por la que se convocan, para el ejercicio 2014, ayudas destinadas al fomento de la **integración cooperativa** de ámbito estatal. (BOE 80, de 2 de abril de 2014). **Cooperativas agroalimentarias**

Resolución de 9 de abril de 2014, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se convocan subvenciones a entidades del **Tercer Sector** de ámbito estatal colaboradoras con la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. (BOE 122, de 20 de mayo de 2014).

ANDALUCÍA

Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la **función social de la vivienda**. (BOJA 198, de 8 de octubre de 2013). (BOE 264, de 4 de noviembre de 2013).

Orden de 18 de febrero de 2014, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas en régimen de concurrencia competitiva, para la integración sociolaboral de las personas pertenecientes a colectivos en situación de exclusión social a través de **empresas de inserción**, y se efectúa su convocatoria para el año 2014. (BOJA 42, de 4 de marzo de 2014).

Orden de 28 de abril de 2014, por la que se modifica la de 16 de febrero de 2011, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a organizaciones profesionales agrarias, **federaciones de cooperativas agrarias** y entidades representativas de asociaciones de desarrollo rural y organizaciones representativas del **sector pesquero** andaluz, y se efectúa su convocatoria para 2014. (BOJA 86, de 7 de mayo de 2014).

Orden de 6 de junio de 2014, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones del Programa de Apoyo a la Promoción y el Desarrollo de la **Economía Social para el Empleo**. (BOJA 113, de 13 de junio de 2014).

ARAGÓN

Orden de 24 de septiembre de 2013, del Consejero de Economía y Empleo, por la que se convocan subvenciones con carácter extraordinario para el mantenimiento del empleo en **Centros Especiales de Empleo**. (BOA 193, de 1 de octubre de 2013).

Resolución de 12 de febrero de 2014, del Director Gerente del Instituto Aragonés de Empleo, por la que se convocan para el año 2014 las subvenciones del Programa ARINSER, para la integración socio-laboral de personas en situación o riesgo de exclusión a través de **empresas de inserción**. (BOA 33, de 17 de febrero de 2014).

Orden de 12 de febrero de 2014, del Consejero de Economía y Empleo, por la que se convocan para el año 2014 las subvenciones reguladas en el Decreto 70/2013, de 30 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la creación, consolidación y mejora del empleo y de la competitividad en **cooperativas y sociedades laborales**. (BOA 33, de 17 de febrero de 2014).

ASTURIAS

Resolución de 2 de octubre de 2013, de la Consejería de Economía y Empleo, por la que se aprueba la convocatoria pública para la concesión de ayudas a las **cooperativas y sociedades laborales** por la incorporación de socios trabajadores o socios de trabajo. (BOPA 230, de 3 de octubre de 2013). Corrección de errores (BOPA 234, de 8 de octubre de 2013).

Resolución de 24 de octubre de 2013, del Servicio Público de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria 2014 de concesión de subvenciones a la inserción laboral de las personas en situación de exclusión social en las **empresas de inserción** del Principado de Asturias. (BOPA 261, de 11 de noviembre de 2013).

Resolución de 24 de octubre de 2013, del Servicio Público de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria 2014 de concesión de subvenciones para las unidades de apoyo a la actividad profesional de los **Centros Especiales de Empleo**. (BOPA 261, de 11 de noviembre de 2013).

Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Consejería de Agroganadería y Recursos Autóctonos, por la que se aprueba la convocatoria de las subvenciones destinadas a las **Cofradías de Pescadores** del Principado de Asturias para planes de explotación para el ejercicio 2014. (BOPA 63, de 17 de marzo de 2014).

Resolución de 27 de febrero de 2014, del Servicio Público de Empleo, por la que se aprueba la apertura del plazo de presentación de solicitudes de concesión de subvenciones a la inserción laboral de las personas con discapacidad en los **centros especiales de empleo** del Principado de Asturias durante el primer semestre de 2014. (BOPA 60, de 13 de marzo de 2014).

Resolución de 22 de abril de 2014, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones a favor de **entidades sin ánimo de lucro** para el desarrollo de programas en el ámbito de los Servicios Sociales Especializados dirigidos a las personas con discapacidad. (BOPA 98, de 29 de abril de 2014).

Resolución de 25 de marzo de 2014, de la Consejería de Economía y Empleo, por la que se aprueba la convocatoria pública y se abre el plazo de presentación de solicitudes para la concesión de ayudas a las **Cooperativas y Sociedades Laborales** (Empresas de Economía Social) por la incorporación de socios de trabajo o socios trabajadores, recogidas en el Programa Integral de Fomento de la Cultura Emprendedora 2013-2015. (BOPA 82 de 8 de abril de 2014). Corrección de errores (BOPA 95, de 25 de abril de 2014).

Resolución de 24 de marzo de 2014, de la Consejería de Economía y Empleo, por la que se aprueba en régimen de concurrencia competitiva la convocatoria de subvenciones para potenciar el conocimiento de la **economía social**, fomentando el asociacionismo. (BOPA 84, de 10 de abril de 2014).

Resolución de 19 de marzo de 2014, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones a favor de **entidades sin ánimo de lucro** para el desarrollo de programas en el ámbito del voluntariado. (BOPA 76, de 1 de abril de 2014).

Resolución de 24 de marzo de 2014, de la Consejería de Agro-ganadería y Recursos Autóctonos, por la que se aprueba la convocatoria de las ayudas públicas al **sector pesquero** del Principado de Asturias dirigidas a la adaptación de la flota pesquera, para el ejercicio 2014. (BOPA 76, de 1 de abril de 2014).

Resolución de 19 de mayo de 2014, de la Consejería de Economía y Empleo, por la que se aprueba la convocatoria pública de concesión de subvenciones a las asociaciones de **artesanos** del Principado de Asturias para cursos de formación. (BOPA 118, de 23 de mayo de 2014).

Resolución de 24 de abril de 2014, de la Consejería de Agro-ganadería y Recursos Autóctonos, por la que se aprueba la convocatoria que regirá la concesión de subvenciones para contribuir a sufragar los gastos de funcionamiento de las **Uniones de Cooperativas Agrarias** del Principado de Asturias para el año. (BOPA 101, de 3 de mayo de 2014).

BALEARES

Segunda convocatoria de las ayudas del Consejo Insular de Menorca para las **cooperativas agrarias** de suministro de primer grado. (BOIB 157, de 14 de noviembre de 2013).

Aprobación de las bases que rigen la convocatoria de las ayudas del Consejo Insular de Menorca a las **cooperativas agrarias** de primer grado de Menorca para campañas de promoción y divulgación durante el 2013. (BOIB 157, de 14 de noviembre de 2013).

Ley 6/2013, de 7 de noviembre, de **pesca** marítima, marisqueo y acuicultura en las Illes Balears. (BOIB 156, de 13 de noviembre de 2013 y BOE 290, de 4 de diciembre de 2013).

Resolución del consejero de Economía y Competitividad de 7 de noviembre de 2013 por la que se aprueba la convocatoria para conceder ayudas públicas para fomentar el empleo y la mejora de la competitividad en las **cooperativas** y **sociedades laborales**. (BOIB 155, de 12 de noviembre de 2013).

Ley 10/2013, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de **servicios sociales** de las Illes Balears. (BOIB 181, de 31 de diciembre de 2013 y BOE 20, de 23 de junio de 2014).

Decreto 7/2014, de 31 de enero, por el que se modifica el Decreto 9/1997, de 23 de enero, por el que se crea el Registro de **Sociedades Agrarias de Transformación** de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. (BOIB 16, de 1 de febrero de 2014).

Resolución del Presidente del Fondo de Garantía Agraria y Pesquera de las Illes Balears por la cual se convocan subvenciones a uniones de entidades asociativas del **sector pesquero** de las Illes Balears, para el año 2014. (BOIB 38, de 20 de marzo de 2014).

Resolución del consejero de Economía y Competitividad de 29 de mayo de 2014 por la que se aprueba la convocatoria de ayudas para las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los **centros especiales de empleo**. (BOIB 76, de 5 de junio de 2014).

Resolución de la consejera de Familia y Servicios Sociales de 10 de junio de 2014 por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones destinadas a fomentar la participación social, mediante la financiación de los gastos ordinarios de funcionamiento de las federaciones, confederaciones y uniones de **entidades sin ánimo de lucro** de ámbito suprainular, que realicen actuaciones o actividades en materia de personas con discapacidad. (BOIB 85, de 21 de junio de 2014).

Resolución del consejero de Economía y Competitividad de 11 de junio de 2014 por la que se aprueba la convocatoria para conceder ayudas públicas para fomentar el empleo y la mejora de la competitividad en las **cooperativas y sociedades laborales**. (BOIB 82, de 17 de junio de 2014).

CANARIAS

Resolución de 20 de noviembre de 2013, de la Presidenta, por la que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones dirigidas a la inserción socio-laboral de personas en situación de exclusión social en **empresas de inserción** o en empresas ordinarias, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, para el ejercicio 2013. (BOC Can 225, de 21 de noviembre de 2013).

Orden de 13 de marzo de 2014, por la que se convocan para el ejercicio 2014, las subvenciones destinadas a inversiones en equipamiento y/o gastos corrientes, previstas en las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a las **Cofradías de Pescadores, sus Federaciones y Cooperativas del Mar**, aprobadas por Orden de 30 de abril de 2010, de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación. (BO Can 59, de 25 de marzo de 2014).

CANTABRIA

Ley de Cantabria 6/2013, de 6 de noviembre, de **Cooperativas** de Cantabria. (BOC Cant 221, de 18 de noviembre de 2013) (BOE 284 de 27 de noviembre de 2013).

Orden ECD/121/2013, de 7 de noviembre, por la que se establecen las bases reguladoras y se convocan subvenciones destinadas a las **asociaciones y entidades privadas sin ánimo de lucro** para la realización de proyectos de actividades que fomenten la creatividad y el espíritu emprendedor en centros docentes de la Comunidad Autónoma de Cantabria, durante el curso 2013-2014. (BOC Cant 219, de 14 de noviembre de 2013).

Orden HAC/11/2014, de 25 de febrero de 2014, por la que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria para el año 2014 de subvenciones destinadas a financiar los costes laborales y de Seguridad Social derivados de la contratación indefinida de trabajadoras y trabajadores de las unidades de apoyo a la actividad profesional en los **centros especiales de empleo**. (BO Cant 45, de 6 de marzo de 2014).

Orden INN/8/2014, de 25 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras y se convoca la concesión de subvenciones para asociaciones de comerciantes y sus federaciones y confederaciones y **cooperativas de detallistas**. (BO Cant 45, de 6 de marzo de 2014).

Orden HAC/17/2014, de 31 de marzo de 2014, por la que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria para el año 2014 de subvenciones en el ámbito de colaboración con asociaciones, fundaciones y otras **instituciones sin ánimo de lucro** que desarrollen su actividad en la Comunidad Autónoma de Cantabria para la contratación de personas desempleadas en la realización de servicios de interés general y social. (BO Can 68, de 8 de abril de 2014).

Orden GAN/33/2014, de 15 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria para el año 2014 de las ayudas de concurrencia competitiva destinadas a las **Cofradías de Pescadores** de la Comunidad Autónoma de Cantabria y su Federación. (BO Cant 101, de 28 de mayo de 2014).

Orden SAN/14/2014, de 15 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones a **entidades privadas sin ánimo de lucro** en materia de servicios sociales en el año 2014. (BO Cant 98, de 23 de mayo de 2014).

CASTILLA-LA MANCHA

Orden de 28/11/2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones a **entidades privadas de iniciativa social**, para el mantenimiento de centros, servicios y desarrollo de programas destinados a la atención de las personas con discapacidad en Castilla-La Mancha y se efectúa su convocatoria para el ejercicio 2014. (DOCLM 234, de 3 de diciembre de 2013).

Resolución de 25/04/2014, de la Viceconsejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se dispone la apertura de un periodo de información pública sobre el proyecto de decreto por el que se aprueba el Reglamento de **Fundaciones** de Castilla-La Mancha. (DOCLM 83, de 5 de mayo de 2014).

CASTILLA Y LEÓN

Orden EYE/1066/2013, de 18 de diciembre, por la que se convocan subvenciones destinadas a la financiación de los costes salariales de los trabajadores con discapacidad en **Centros Especiales de Empleo** para el año 2014. (BOCyL 247, de 26 de diciembre de 2013).

Orden EYE/1067/2013, de 18 de diciembre, por la que se convocan subvenciones para la financiación de las Unidades de Apoyo a la Actividad Profesional en los **Centros Especiales de Empleo** para el año 2014. (BOCyL 247, de 26 de diciembre de 2013).

Orden EYE/1068/2013, de 18 de diciembre, por la que se convocan subvenciones públicas destinadas a la financiación de los costes salariales de los trabajadores en situación o riesgo de exclusión social en las **empresas de inserción** para el año 2014. (Código de Registro de Ayudas: EYE 008). (BOCyL 247, de 26 de diciembre de 2013).

Orden EYE/1070/2013, de 18 de diciembre, por la que se convocan las subvenciones para el año 2014 para la incorporación de socios trabajadores o de trabajo en **Cooperativas y Sociedades Laborales** (Código REAY EYE/002). (BOCyL 247, de 26 de diciembre de 2013).

Orden EYE/794/2013, de 27 de septiembre, por la que se convocan subvenciones para la financiación de las Unidades de Apoyo a la Actividad Profesional en los **Centros Especiales de Empleo** para el año 2013. (BOCyL 190, de 2 de octubre de 2013).

Resolución de 7 de noviembre de 2013, del Presidente del Servicio Público de Empleo de Castilla y León, por la que se convocan las subvenciones destinadas a la contratación temporal de personas desempleadas, por **Entidades sin ánimo de lucro**, para la realización de obras y servicios de interés general y social, en la Comunidad de Castilla y León, para el año 2013. (BOCyL 216, de 11 de noviembre de 2013).

Orden EYE/894/2013, de 5 de noviembre, por la que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a la contratación temporal de personas desempleadas, por **entidades sin ánimo de lucro**, para la realización de obras y servicios de interés general y social, en la Comunidad de Castilla y León. (BOCyL 215, del 7 de noviembre de 2013).

Orden EYE/1019/2013, de 21 de noviembre, por la que se convoca la «VIII Edición de los Premios de la Comunidad de Castilla y León al **Cooperativismo** y la **Economía Social**». (BOCyL 240, de 16 de diciembre de 2013).

Ley 9/2013, de 3 de diciembre, de **Pesca** de Castilla y León. (BOCyL 239, de 13 de diciembre de 2013) y (BOE 207, de 24 diciembre de 2013).

Orden AYG/8/2014, de 17 de enero, por la que se aprueba el Plan de Acción en **Cooperativas Agroalimentarias** de Castilla y León 2014-2015. (BOCyL 12, de 20 de enero de 2014).

Ley 1/2014, de 19 de marzo, **Agraria** de Castilla y León¹. (BOCyL 55, de 20 de marzo de 2014).

Orden FYM/268/2014, de 14 de abril, por la que se modifica la Orden FYM/160/2014, de 11 de marzo, por la que se establecen las normas reguladoras de la **Pesca** en la Comunidad de Castilla y León para la temporada 2014. (BOCyL 74, de 16 de abril de 2014).

1. Véase en particular: Art. 158 Cooperativas agrarias; Artículo 159 Integración de cooperativas agrarias; Artículo 187 Naturaleza y adscripción del Comité de Cooperativismo Agrario de Castilla y León; Artículo 188 Composición y funciones del Comité de Cooperativismo Agrario de Castilla y León.

Orden EYE/529/2014, de 9 de junio, por la que se resuelve la convocatoria de la VIII Edición de los Premios de la Comunidad de Castilla y León al **Cooperativismo** y la **Economía Social**. (BOCyL 121, de 26 de junio de 2014).

Orden EYE/461/2014, de 2 de junio, por la que se modifica la Orden EYE/1066/2013, de 18 de diciembre, por la que se convocan subvenciones destinadas a la financiación de los costes salariales de los trabajadores con discapacidad en **Centros Especiales de Empleo** para el año 2014. (BOCyL 112, de 13 de junio de 2014).

Orden EYE/464/2014, de 2 de junio, por la que se modifica la Orden EYE/1067/2013, de 18 de diciembre, por la que se convocan subvenciones para la financiación de las Unidades de Apoyo a la Actividad Profesional en los **Centros Especiales de Empleo** para el año 2014. (BOCyL 112, de 13 de junio de 2014).

Orden EYE/450/2014, de 29 de mayo, por la que se modifica la Orden EYE/239/2014, de 8 de abril, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones de los programas de cualificación profesional y acompañamiento a la **inserción**. (BOCyL 108, de 9 de junio de 2014).

CATALUÑA

Orden EMO/253/2013, de 15 de octubre, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a las **empresas de inserción** para la realización de acciones para la mejora del empleo y la inserción laboral de los colectivos en riesgo o situación de exclusión social, y se abre la convocatoria para el año 2013. (DOGC 6486, de 23 de octubre de 2013).

Orden EMO/250/2013, de 15 de octubre, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones para el fomento de las empresas **cooperativas y sociedades laborales**, y se abre la convocatoria para el año 2013. (DOGC 6485, de 22 de octubre de 2013).

Resolución EMO/2018/2013, de 23 de septiembre, por la que se da publicidad al Convenio de colaboración entre la Generalidad de Cataluña, mediante el Departamento de Empresa y Empleo, la **Confederación de Cooperativas de Cataluña** y la empresa AVALIS de Cataluña, SGR, para la puesta en marcha de un fondo de avales. (DOGC 6475, de 8 de octubre de 2013).

Orden EMO/275/2013, de 4 de noviembre, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones para el fomento, la promoción y el apoyo a la creación y crecimiento de empresas de **economía social y cooperativa**, y se abre la convocatoria para el año 2013. (DOGC 6497, de 8 de noviembre de 2013) y modificación por Orden EMO/286/2013 (DOGC 6506, de 21 de noviembre de 2013).

Orden AAM/313/2013, de 4 de diciembre, por la que se aprueban las bases reguladoras de las ayudas para el fomento de la concentración, la intercooperación y la modernización de las **cooperativas** y otras **entidades asociativas agrarias** y se convocan las ayudas correspondientes al año 2013. (DOGC 6522, de 16 de diciembre de 2013).

Resolución EMO/2608/2013, de 4 de diciembre, por la que se hace pública la tercera ampliación para el ejercicio 2013 de los importes máximos destinados a la concesión de la subvención dirigida al fomento de la integración laboral de las personas con discapacidad en **centros especiales de trabajo**. (DOGC 6520, de 12 de diciembre de 2013).

Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público². (DOGC 6551, de 30 de enero de 2014). **Cooperativas / Secciones de crédito**

Orden EMO/49/2014, de 19 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras de la línea de ayudas en forma de garantía para la financiación de las empresas de la **economía social**, y se abre la convocatoria para el año 2014. (DOGC 6577, de 7 de marzo de 2014).

2. En particular, ver su artículo 213. Modificación de la Ley 6/1998 (Secciones de Crédito de las cooperativas).

Decreto 49/2014, de 8 de abril, por el que se modifica el Decreto 280/2003, de 4 de noviembre, de regulación del funcionamiento de las **secciones de crédito de las cooperativas**. (DOGC 6601, de 10 de abril de 2014).

Orden EMO/104/2014, de 28 de marzo, por la que se aprueban las bases reguladoras de una línea de ayudas en forma de avales financieros, técnicos y económicos para contribuir, en su financiación, a la mejora de la competitividad de las **cooperativas** y de las **sociedades laborales** catalanas y sus federaciones, y se hace pública la convocatoria correspondiente al año 2014. (DOGC 6600, de 9 de abril de 2014).

Orden EMO/103/2014, de 3 de abril, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de la subvención destinada al fomento de la integración laboral de las personas con discapacidad en **centros especiales de empleo** y se publica el importe máximo para el año 2014. (DOGC 6599, de 8 de abril de 2014).

Orden EMO/91/2014, de 26 de marzo, por la que aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones destinadas a la realización de acciones relativas a las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de las personas con discapacidad en los **centros especiales de empleo**, y se hace pública la convocatoria para el año 2014. (DOGC 6594, de 1 de abril de 2014).

EXTREMADURA

Orden de 19 de noviembre de 2013 por la que se convocan ayudas para apoyar a Entidades Asociativas de la **Economía Social** y el Autoempleo de la Comunidad Autónoma de Extremadura. (DOE 224, de 20 de noviembre de 2013). Corrección de errores (DOE 227, de 25 de noviembre de 2013).

Orden de 10 de diciembre de 2013 por la que se convocan subvenciones a **entidades privadas sin fin de lucro** que presten servicios sociales especializados a personas con discapacidad para el desarrollo de programas que incidan en la normalización de la persona con discapacidad, para el ejercicio 2014. (DOE 239, de 13 de diciembre de 2013).

Orden de 16 de diciembre de 2013 por la que se convocan subvenciones para el desarrollo de programas de promoción del **voluntariado social** en la Comunidad Autónoma de Extremadura, para el año 2014. (DOE 6, de 10 de enero de 2014).

Ley 2/2014, de 18 de febrero, de medidas financieras y administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura³. (DOE 36, de 21 de febrero de 2014).
Cajas de ahorros

Orden de 14 de marzo de 2014 por la que se convocan las subvenciones a otorgar por la Consejería de Salud y Política Social a **entidades privadas sin fin de lucro** que presten servicios sociales a personas mayores, para el año 2014. (DOE 64, de 2 de abril de 2014).

Decreto 85/2014, de 20 de mayo, por el que se modifica el Decreto 109/2013, de 25 de junio, por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones a conceder por la Consejería de Salud y Política Social al **Tercer Sector de Acción Social** de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y se realiza la primera convocatoria pública 2013. (DOE 100, de 27 de mayo de 2014).

Decreto-ley 2/2014, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de **crédito cooperativo**. (DOE 99, de 26 de mayo de 2014 y BOE 142 de 12 de junio de 2014).

Decreto 75/2014, de 13 de mayo, por el que se modifica el Decreto 223/2012, de 9 de noviembre, por el que se aprueban las bases reguladoras de subvenciones destinadas a apoyar a **Entidades Asociativas de la Economía Social** y el Autoempleo de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y se aprueba la convocatoria de dichas subvenciones para el ejercicio 2012. (DOE 94, de 19 de mayo de 2014).

Decreto 68/2014, de 5 de mayo, por el que se modifica el Decreto 110/2013, de 2 de julio, por el que se crea el Consejo Autonómico para el fomento de la responsabilidad social de Extremadura, la Oficina de Responsabilidad Social Empresarial, y se regula el procedimiento para la calificación e inscripción en el Registro de **empresas socialmente responsables** de Extremadura. (DOE 89, de 12 de mayo de 2014).

3. Ver Artículo 9 por el que se modifica la Ley 8/1994, de 23 de diciembre, de Cajas de Ahorro de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Resolución de 5 de mayo de 2014, del Consejero, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura por el que se autoriza al Monte de Piedad y Caja General de Ahorros de Badajoz su transformación en fundación de carácter especial. (DOE 86, de 7 de mayo de 2014). **Cajas de ahorros / Fundaciones**

Anuncio de 23 de abril de 2014 por el que se da publicidad a la ampliación del crédito asignado a la convocatoria de subvenciones destinadas para el fomento del empleo en el ámbito de la **economía social**, aprobada mediante Orden de 25 de junio de 2013. (DOE 83, de 2 de mayo de 2014).

Decreto 124/2014, de 24 de junio, por el que se modifica el Decreto 106/2013, de 25 de junio, por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones para el fomento del empleo de personas con discapacidad en **Centros Especiales de Empleo** de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se aprueba la primera convocatoria de dichas subvenciones. (DOE 124, de 30 de junio de 2014).

Orden de 15 de mayo de 2014 por la que se convocan subvenciones a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y a las **Sociedades Cooperativas de Consumidores y Usuarios** para el ejercicio 2014. (DOE 105 de 3 de junio de 2014).

GALICIA

Ley 10/2013, de 27 de noviembre, de **inclusión social** de Galicia. (DOG 249, de 31 de diciembre de 2013) (BOE 25, de 29 de enero de 2014).

Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del **emprendimiento** y de la competitividad económica de Galicia. (DOG 247, de 27 de diciembre de 2013) (BOE 25, de 29 de enero de 2014).

Orden de 27 de noviembre de 2013 por la que se hace pública la ampliación de la dotación presupuestaria para la concesión de las ayudas establecidas en la Orden de 21 de junio de 2013 por la que se establecen las bases reguladoras del programa para la promoción de la integración laboral de las personas con discapacidad en **centros especiales de empleo** y del programa de subvenciones a las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los centros especiales de empleo, cofinanciado por el Fondo Social Europeo y se procede a su convocatoria para el año 2013. (DOG 232, de 4 de diciembre de 2013).

Decreto 8/2014, de 16 de enero, por el que se regulan las **cofradías de pescadores** de Galicia y sus federaciones. (DOG 19, de 29 de enero de 2014).

Orden de 30 de diciembre de 2013 por la que se convocan para el año 2014 las ayudas para el fomento de la **utilización de maquinaria en régimen asociativo** en Galicia cofinanciadas con el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) en el marco del PDR de Galicia 2007-2013. (DOG 16, de 24 de enero de 2014).

Orden de 12 de febrero de 2014 por la que se establecen las bases reguladoras del certamen **Cooperativismo en la enseñanza**, dirigido al alumnado y profesorado de los centros educativos de Galicia, y se procede a su convocatoria para el año 2014. (DOG 35, de 20 de febrero de 2014).

Orden de 12 de febrero de 2014 por la que se establecen las bases reguladoras de los premios a la **cooperación** y se procede a su convocatoria para el año 2014⁴. (DOG 35, de 20 de febrero de 2014).

Orden de 14 de marzo de 2014 por la que se establecen las bases reguladoras de los programas de subvenciones para sufragar los gastos de funcionamiento de las entidades asociativas gallegas de personas trabajadoras autónomas, de las entidades asociativas de **centros especiales de empleo** y de las entidades asociativas de **empresas de inserción laboral**, y se procede a su convocatoria para el año 2014. (DOG 60, de 27 de marzo de 2014).

Orden de 21 de febrero de 2014 por la que se establecen las bases reguladoras de los programas de fomento del empleo en empresas de **economía social** y de promoción del **cooperativismo**, cofinanciada parcialmente por el FSE, y se procede a su convocatoria para el año 2014. (DOG 46, de 7 de marzo de 2014).

Orden de 25 de abril de 2014 por la que se establecen las bases que regirán la concesión de subvenciones a **entidades de iniciativa social** para la promoción de actividades de servicios sociales comunitarios e inclusión social y se procede a su convocatoria para el año 2014 (cofinanciada parcialmente por el Fondo Social Europeo). (DOG 82, de 30 de abril de 2014).

4. Estos premios tienen como finalidad fomentar y difundir el cooperativismo, sus principios y valores, así como recompensar públicamente la labor que los cooperativistas, cooperativas y otras personas e instituciones vienen realizando a favor del desarrollo del movimiento cooperativo en la Comunidad autónoma gallega.

Orden de 8 de abril de 2014 por la que se establecen las bases reguladoras de la subvención plurianual del coste salarial para el mantenimiento de los puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad en los **centros especiales de empleo** de Galicia y se procede a su convocatoria para el período del 1 de diciembre de 2013 hasta el 30 de junio de 2015, dentro del Programa para la promoción de la integración laboral de las personas con discapacidad en centros especiales de empleo. (DOG 75, de 21 de abril de 2014).

Orden de 3 de abril de 2014 por la que se establecen las bases reguladoras de los programas de apoyo a las entidades asociativas, a las oficinas locales y a otras entidades colaboradoras de la Red Eusumo para el fomento del **cooperativismo** y la **economía social**, cofinanciados parcialmente con FSE, y se procede a su convocatoria para el año 2014. (DOG 71, de 11 de abril de 2014).

Orden de 29 de abril de 2014 por la que se regulan las elecciones para la renovación de los órganos rectores de **cofradías de pescadores** de Galicia y de sus federaciones. (DOG 84, de 5 de mayo de 2014).

Orden de 12 de junio de 2014 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión, en régimen de concurrencia competitiva, de las subvenciones para implantar la **responsabilidad social empresarial** (RSE) y la igualdad en las pequeñas y medianas empresas, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, y se convocan para el ejercicio 2014. (DOG 119, de 25 de junio de 2014).

Orden de 12 de junio de 2014 por la que se establecen las bases reguladoras del Programa de incentivos a las **empresas de inserción laboral** (EIL) y a sus entidades promotoras, cofinanciado por el Fondo Social Europeo, y se procede a su convocatoria para el año 2014. (DOG 118, de 23 de junio de 2014).

LA RIOJA

Ley 10/2013, de 21 de octubre, de apoyo a **emprendedores**, autónomos y Pymes. (BOR 131, de 25 de octubre de 2013). (BOE 268, de 8 de noviembre de 2013).

Ley 13/2013, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2014⁵. (BOR 160, de 30 de diciembre de 2013). **Cooperativas**

Resolución número 371 de 4 de febrero, de la Consejería de Educación, Cultura y Turismo, por la que se convocan subvenciones para **ONG** y otras **Entidades sin ánimo de lucro** de la Comunidad Autónoma de La Rioja para la realización de actividades dirigidas a colectivos de discapacitados y personas en edad escolar con problemas de integración durante el curso 2013/2014. (BOR 23, de 21 de febrero de 2014).

MADRID

Orden 2461/2013, de 11 de octubre, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se aprueba la convocatoria para el año 2013 de las ayudas regionales a las Organizaciones Profesionales Agrarias y a las Uniones de **Cooperativas Agrarias**. (DOCM 252, de 23 de octubre de 2013).

Orden 10037/2013, de 21 de noviembre, de la Consejera de Empleo, Turismo y Cultura, por las que se convocan ayudas para el fomento del empleo y mejora de la competitividad en las **cooperativas** y **sociedades laborales** en el ámbito de la Comunidad de Madrid para el año 2013. (BOCM 283, de 28 de noviembre de 2013).

Orden 10027/2013, de 21 de noviembre, de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura, por la que se convocan subvenciones para el fomento de la integración laboral de personas con discapacidad en **Centros Especiales de Empleo** en el año 2013. (BOCM 282, de 27 de noviembre de 2013).

Orden 9169/2013, de 7 de noviembre, de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura, por la que se convocan subvenciones para el fomento de la integración laboral de personas con discapacidad en **Centros Especiales de Empleo** en el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de mayo del año 2013. (BOCM 270, de 13 de noviembre de 2013).

5. Ver en particular el Capítulo VIII Medidas administrativas en materia de cooperativas y el art. 37. Modificación de la Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas.

Ley 6/2013, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas⁶. (BOCM 309, de 30 de diciembre de 2013). **Cajas de ahorros**

Orden 10858/2013, de 5 de diciembre, de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura, por la que se convocan subvenciones para el fomento de la integración laboral de personas con discapacidad en **centros especiales de empleo** (coste salarial) en el período comprendido entre el 1 de junio y el 31 de julio del año 2013. (BOCM 295, de 12 de diciembre de 2013).

Orden 1049/2014, de 24 de abril, de la Consejería de Asuntos Sociales, por la que se establecen las bases reguladoras y se convoca la concesión de subvenciones a **entidades sin fines de lucro**, para el año 2014, para acciones dirigidas a la inserción sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión, cofinanciadas en un 50 por 100 por el Fondo Social Europeo en el marco del Programa Operativo de la Comunidad de Madrid (2007-2013), Eje 2, Tema Prioritario 71. (DOCM 105, de 5 de mayo de 2014).

MURCIA

Resolución de 7 de octubre de 2013 por la que se dispone la publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia del “Convenio marco entre la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la Consejería de Educación, Universidades y Empleo y la Unión de **Cooperativas de la Enseñanza** de la Región de Murcia (UCOERM) relativo a la aplicación del régimen de conciertos”. (BORM 245, de 22 de octubre de 2013).

Consejería de Educación, Universidades y Empleo 16825 Orden de 22 de noviembre de 2013 de la Consejería de Educación, Universidades y Empleo, por la que se convocan subvenciones para el programa 3º “Difusión y fomento de la **economía social**” regulado en la Orden de 22 de abril de 2013 de la Consejería de Educación, Formación y Empleo. (BORM 274, de 26 de noviembre de 2013).

6. Ver en particular: Artículo 19 sobre Modificación parcial de la Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid.

Orden de 10 de diciembre de 2013 de la Consejería de Educación, Universidades y Empleo, por la que se establecen los créditos adicionales a la Orden de 22 de abril de 2013, de bases reguladoras y de convocatoria de subvenciones para programas de fomento de la **economía social** para el año 2013. (BORM 286, de 12 de diciembre de 2013).

Orden de 7 de abril de 2014 de la Consejería de Educación, Universidades y Empleo, de bases reguladoras y de convocatoria de subvenciones para programas de fomento de la **economía social** para el año 2014. (BORM 82, de 9 de abril de 2014).

NAVARRA

Resolución 670/2013, de 22 de octubre, del Director General de Desarrollo Rural, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de ayudas a las **cooperativas agrarias** para planes de gestión empresarial en el año 2013. (BON 226, de 22 de noviembre de 2013).

Orden Foral 349/2013, de 8 de octubre, del Consejero de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local, por la que se modifica la Orden Foral 355/2008, de 27 de junio, de la Consejera de Desarrollo Rural y Medio Ambiente, por la que se establecen las normas que regirán la concesión de ayudas a las **cooperativas agrarias** para planes de gestión empresarial. (BON 218, de 13 de noviembre de 2013).

Resolución 2393/2013, de 18 de diciembre, de la Directora Gerente del Servicio Navarro de Empleo, por la que se deja sin efecto la Resolución 2782/2006, de 20 de septiembre, de la Directora Gerente del Servicio Navarro de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones a las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los **Centros Especiales de Empleo**. (BON 248, de 27 de diciembre de 2013).

Orden Foral 1040/2013, de 27 de diciembre, del Consejero de Políticas Sociales, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones de fomento del asociacionismo a **entidades de iniciativa social** del área de personas con discapacidad en el año 2014. (BON 9, de 15 enero 2014).

Resolución 416/2014, de 19 de febrero, de la Directora Gerente del Servicio Navarro de Empleo, por la que se regula la concesión de subvenciones al fomento del empleo en las **cooperativas de trabajo asociado** y **sociedades laborales** de Navarra mediante la realización de actuaciones para la creación de nuevas empresas de economía social, así como para labores de asistencia técnica, fomento y difusión, y realización de proyectos piloto. (BON 39, de 26 de febrero de 2014).

Ley Foral 2/2014, de 17 de febrero, por la que se regulan los órganos rectores de determinadas **fundaciones**. (BON 38, de 25 de febrero de 2014).

Orden Foral 2/2014, de 9 de enero, del Consejero de Políticas Sociales, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones dirigida a **entidades de iniciativa social** del área de personas mayores para el desarrollo de programas de promoción de la autonomía y prevención de la dependencia en el año 2014. (BON 23, de 4 de febrero de 2014).

Orden Foral 1/2014, de 9 de enero, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones de fomento del asociacionismo dirigida a **entidades de iniciativa social** del área de personas mayores para el año 2014. (BON 22, de 3 de febrero de 2014).

Orden Foral 118/2014, de 5 de marzo, del Consejero de Políticas Sociales, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones a **entidades de iniciativa social** para la gestión del Programa de Apoyo a la Vida Independiente y contratación de Asistente Personal durante el año 2014. (BON 61, de 31 de marzo de 2014).

Resolución 448/2014, de 27 de febrero, de la Directora Gerente del Servicio Navarro de Empleo, por la que se autoriza el gasto para 2014 para la concesión de las subvenciones destinadas al coste salarial correspondiente a los puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad de los **Centros Especiales de Empleo**. (BON 49, de 16 de marzo de 2014).

Resolución 276/2014, de 8 de abril, del Director General de Desarrollo Rural, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de ayudas a las **cooperativas agrarias** para planes de gestión empresarial, en el año 2014. (BON 77, de 22 de abril de 2014).

Resolución 529/2014, de 10 de marzo, de la Directora Gerente del Servicio Navarro de Empleo, por la que se deja sin efecto la Resolución 641/2013, de 22 de abril, de la Directora Gerente del Servicio Navarro de Empleo, por la que se regula la concesión de subvenciones al fomento del empleo y mejora de la competitividad en las **cooperativas de trabajo asociado** y **sociedades laborales** de Navarra mediante la realización de inversiones en las mismas. (BON 68, de 7 de abril d 2014).

PAÍS VASCO

Decreto 424/2013, de 7 de octubre, sobre la declaración de interés social de las **entidades sin ánimo de lucro** de servicios sociales. (BOPV 200, de 18 de octubre de 2013).

Orden de 18 de diciembre de 2013, del Consejero de Empleo y Políticas Sociales, por la que efectúa para el año 2014 la convocatoria prevista en el Decreto 271/2012, de 4 de diciembre, por el que se regulan las subvenciones para el fomento de actividades del **tercer sector** en el ámbito de la intervención social en el País Vasco. (BOPV 247, de 30 de diciembre de 2013).

Resolución de 21 de mayo de 2014, del Director General de Lanbide-Servicio Vasco de Empleo, por la que se procede a la publicación de la convocatoria para el año 2014 de las ayudas previstas en la Orden de 4 de mayo de 2009, del Consejero de Justicia, Empleo y Seguridad Social, en la que se regulan las ayudas para la creación y el sostenimiento de las **empresas de inserción**, aprobada por Acuerdo del Consejo de Administración de Lanbide. (BOPV 96, de 23 de mayo de 2014).

COMUNIDAD VALENCIANA

Orden 35/ 2013, de 30 de septiembre, de la Consellería de Economía, Industria, Turismo y Empleo por la que se convoca y regula la concesión de subvenciones públicas destinadas a la integración sociolaboral de trabajadores en situación o riesgo de exclusión social en **empresas de inserción** y en empresas ordinarias de trabajo para el ejercicio 2013. (DOCV 7126, de 7 de octubre de 2013).

Ley 5/2013, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat⁷. (DOCV 7181, de 27 de diciembre de 2013) (BOE 27, de 31 de enero de 2014). **Cooperativas / Secciones de crédito**

Orden 27/2013, de 26 de diciembre, de la Consellería de Bienestar Social, por la que se regulan y convocan ayudas en materia de **servicios sociales** para el ejercicio 2014. (DOCV 7186, de 7 de enero de 2014).

Resolución de 27 de febrero de 2014, del director general de Trabajo, Cooperativismo y Economía Social, por la que se convocan, para el ejercicio 2014, las ayudas a trabajadores y socios de **cooperativas** y **sociedades laborales**, destinadas a facilitar su acceso a la condición de socios trabajadores o de trabajo de las empresas en que presten sus servicios, o a incrementar su participación financiera en ellas. (DOCV 7228, de 6 de marzo de 2014).

Resolución de 20 de febrero de 2014, del director general de Trabajo, Cooperativismo y Economía Social, actuando por delegación del Conseller de Economía, Industria, Turismo y Empleo, por la que se convocan, para el ejercicio 2014, las ayudas al fomento del relevo y la cooperación intergeneracionales en el seno de las **cooperativas** y **sociedades laborales** valencianas y se establecen los plazos de admisión de solicitudes. (DOCV 7248, de 4 de abril de 2014).

Orden 12/2014, de 20 de mayo, de la Conselleria de Bienestar Social, por la que se convocan, para el año 2014, subvenciones a organizaciones no gubernamentales para el desarrollo (**ONGD**), para la cofinanciación de proyectos de cooperación internacional para el desarrollo a ejecutar en países y poblaciones estructuralmente empobrecidos. (DOCV 7282, de 27 de mayo de 2014).

Orden 7/2014, de 15 de abril, del Conseller de Presidencia y Agricultura, Pesca, Alimentación y Agua y vicepresidente del Consell, por la que se convocan subvenciones destinadas a entidades ciudadanas de la Comunitat Valenciana para el desarrollo de proyectos de participación ciudadana dirigidos al fomento del **asociacionismo** para el ejercicio 2014 y se aprueban sus bases reguladoras. (DOCV 7268, de 7 de mayo de 2014).

7. Ver en particular, el Capítulo IX que modifica la Ley de la Generalitat 8/1985, de 31 de mayo, de regulación de la actuación financiera de las Cooperativas con Sección de Crédito en la Comunitat Valenciana.

Orden 17/2014, de 23 de junio, de la Conselleria de Economía, Industria, Turismo y Empleo, por la que se convoca y regula la concesión de subvenciones públicas destinadas a la creación o mantenimiento de las unidades de apoyo a la actividad profesional, como medida de fomento del empleo para personas con discapacidad en **centros especiales de empleo** en el ejercicio 2014. (DOCV 7306, de 30 de junio de 2014).

Orden 12/2014, de 30 de mayo, de la Conselleria de Economía, Industria, Turismo y Empleo, por la que se convoca y regula la concesión de subvenciones públicas destinadas al fomento del empleo para personas con discapacidad en **centros especiales de empleo** y enclaves laborales en el ejercicio 2014. (DOCV 7290, de 6 de junio de 2014). Corrección de errores (DOCV 7300, de 20 de junio de 2014).

ÍNDICE ACUMULADO

CIRIEC-España,

Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa

Nº 1 – 1990

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre Entidades de Economía Social del año 1988	3
---	---

Nº 2 – 1991

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de Economía Social. 1980-1989.	5
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. 1989.	57
Reseña Legislativa sobre entidades de Economía Social (Enero 1989 - Junio 1990).	145

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Real Decreto 3 de Marzo de 1989 nº 225/1989. Seguridad Social. Incorporación de los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado. (BOE 57 de 8 de marzo).	161
- Ley 26 de Mayo de 1989 nº 13/1989. Cooperativas de Crédito. Normas reguladoras. (BOE 129 de 31 de mayo).	163
- Ley Foral 12/1989, de 3 de julio, de Cooperativas de Navarra. (BOE 244, 11 de octubre de 1989).	166
- Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades (BOE, nº 178 de 27 de julio).	169
- Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido d la Ley de Sociedades Anónimas.	169
- Real Decreto 1579/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (BOE, nº 313, de 30 de diciembre; corrección de errores en BOE, nº 8, de 8 de enero 1990).	169
- Real Decreto 1079/1989, de 1 de septiembre, por el que se aprueba la actualización del Régimen Jurídico de las Mutualidades de Previsión Social (BOE nº 214, de 7 de septiembre).	176
- Real Decreto-Ley 29 de Diciembre de 1989, nº 7/1989. Presupuestos del Estado. Medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria (BOE 313 de 30 de diciembre de 1989).	177
- Real Decreto 664/1990, de 25 de mayo, sobre cuotas participativas de las Cajas de Ahorro. (BOE 129, 30 de mayo 1990).	177

- Real Decreto 22 de junio 1990 nº 825/1990. Regula el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones. (BOE nº 155 de 29 de junio de 1990). 179

Nº 3 – 1992

COMENTARIOS

- Las Cooperativas agrarias y el campo de aplicación de la Seguridad Social, por Juan López Gandía. 270
- Consecuencias jurídicas de la variación del coste final de la vivienda cooperativa, por Gemma Fajardo García 277
- “Los delitos societarios” en el Anteproyecto de Código Penal (con especial referencia a los administradores que falsearan las cuentas anuales u otros documentos) por Jesús Olavaria Iglesias 283

NOTAS A LA JURISPRUDENCIA

- Nota a la sentencia del T. S. de 24 de enero de 1990, por Gemma Fajardo García 43
- Nota a la sentencia del T. S. de 7 de noviembre de 1990, por Gemma Fajardo García 49
- Nota a la sentencia del T. S. de 17 de abril de 1990, por Juan Antonio Esteban García 63
- Nota a la sentencia del T. S. de 29 de junio de 1989, por Juan Antonio Esteban García 70
- Nota a las sentencias del T. S. de 26 de marzo de 1990 y 10 de mayo de 1990, por Jesús Olavaria Iglesias 77

- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1990. 9
- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía social 1990 25
- Reseña de Jurisprudencia de otros Tribunales sobre entidades de Economía Social de 1988 – 1990 137
- Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social julio 1990 – junio 1991 245

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Reseña de las disposiciones de mayor interés por G. Fajardo, J. F. Juliá, J. Olavarría, M. Cubedo, J. Castañón y F. López Almenar 256

Nº 4 – 1993

COMENTARIOS

- Recientes reformas en el Derecho cooperativo italiano, por Renato Dabormida 162
- Ley francesa nº 92 de 13 de julio de 1992 relativa a la modernización de las empresas cooperativas, por Gemma Fajardo. 171
- La Ley Marcora: la gestión en forma cooperativa de las empresas en crisis en Italia, por Simonetta Ronco 181

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social, por Jesús Olavarria y Gemma Fajardo.	14
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (julio 1991 - febrero 1993), por Gemma Fajardo.	91

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Orden de 29 de julio de 1992	116
- R. D. 1345/1992, de 6 de noviembre	120
- Orden de 30 de septiembre de 1992	124
- R. D. 84/1993, de 22 de enero	127

Nº 5 – 1994

COMENTARIOS

- La regulación de las empresas de trabajo temporal según la Ley 14/1994, de 1 de junio, y su incidencia sobre el régimen jurídico de las cooperativas. Por Consuelo Chacartegui Jávega	386
- La transformación de la cooperativa en otras formas sociales, por José Luis Sánchez Moliner	396
- La responsabilidad del socio en la gestión económica de la cooperativa de viviendas desde la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por Gemma Fajardo García.	415

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre entidades de Economía Social, 1992, por Gemma Fajardo García	7
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre entidades de Economía Social, 1992, por Gemma Fajardo y Jesús Olavarria	28
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (marzo 1993 - agosto 1994), por Gemma Fajardo García	197

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley Vasca 4/1993 de Cooperativas	234
- Reglamento del Registro vasco de cooperativas (D. 189/1994).	309
- Ley 14/1994 de Empresas de trabajo temporal.	342
- Ley 12/1994 de Fundaciones del País Vasco.	351
- Ley 9/1994 de Régimen fiscal de las cooperativas navarras	367

Nº 6 – 1995

COMENTARIOS

- Breve comentario del Título I de la Ley de Fundaciones. Por Remigio Beneyto Berenguer	253
---	-----

- Algunas reflexiones en torno a la nueva Ley de Cooperativas Valencianas, por M^a Luisa Llobregat Hurtado. 265
- La acreditación de las aportaciones sociales mediante anotaciones en cuenta en la Ley de Cooperativas e la Comunidad Valenciana, por Francisco González Castilla 271
- Elecciones sindicales y empresas cooperativas, por Federico V. López Mora 291
- Fondo de garantía salarial y sociedades anónimas laborales, por Federico V. López Mora 301

- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre entidades de Economía Social (enero 1993-marzo 1994). Por Alicia García Herrera 7
- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre entidades de Economía Social 1993. Por Jesús Olavarria y Gemma Fajardo 43
- Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (septiembre 1994 - junio 1995), por Gemma Fajardo García 119

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley 30/1994 de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general 147
- Ley 8/1994 de cajas de ahorro 175
- Ley 3/1995 de modificación de la Ley 11/1985 193
- Ley 2/1995 de sociedades de responsabilidad limitada (art. 93 y disposición adicional séptima). 229
- Ley 4/1995 de crédito cooperativo 231

Nº 7 – 1995

COMENTARIOS

- Las Mutualidades en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Por Luis Miguel Avalos Muñoz 209
- Los grupos cooperativos, por José Miguel Embid Irujo 221
- Notas críticas al Estatuto Jurídico Privado de las Sociedades Agrarias de Transformación, por Félix López de Medrano 233
- Notas sobre la elección de miembros del Consejo de Administración en las Cajas de Ahorros: A propósito de la resolución de la D.G.R.N. de 14 de enero de 1994, por María José Vañó Vañó 269
- Empresas públicas locales: De la iniciativa pública en la actividad económica a la arbitrariedad. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1993), por Javier Viciano Pastor. 283

NOTAS A LA JURISPRUDENCIA

- Nota a la sentencia del T. S. de 14 de octubre de 1994, por M^a José Vañó Vañó 58
- Nota a la sentencia del T. S. de 30 de mayo de 1995, por Carlos Salinas 63

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre entidades de Economía Social (enero 94- junio 95), por Gemma Fajardo y Jesús Olavarraría	9
Reseña de Legislación sobre entidades de economía social (julio 1995 - diciembre 1995), por Gemma Fajardo García	93

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las Explotaciones Agrarias	109
- Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito	127
- Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados	135

Nº 8 – 1996

COMENTARIOS

- La reforma de la legislación cooperativa valenciana: algunas aportaciones, dudas y problemas, por Narciso Paz Canalejo	111
- Reflexiones sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas laborales y las cooperativas de trabajo asociado. Por María Luisa Llobregat Hurtado.	123
- Mutualidades de Previsión Social vinculadas a Colegios Profesionales: incorporación obligatoria (comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de enero de 1996). Por Jesús Olavarria Iglesia	143
- Comentarios al Real Decreto 2028/1995 relativo a cooperativas de viviendas que soliciten financiación pública. Por Jaime Oñate Clemente de Diego	165
- Protección por desempleo y trabajo cooperativo, por Federico Vicente López Mora	171
- Seguridad social en las empresas de Economía Social, por Federico Vicente López Mora	175

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre entidades de Economía Social (julio 95-diciembre 95), por Gemma Fajardo y Jesús Olavarria	9
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (enero 1996 - septiembre 1996), por Gemma Fajardo García	45

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley 4/1996, de 31 de mayo, de Cajas de ahorro de Galicia	63
- Ley Foral 12/1996, de 2 de julio, de Cooperativas de Navarra.	81

Nº 9 – 1998

COMENTARIOS

- La determinación y distribución de resultados del ejercicio económico en el anteproyecto de Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas. Análisis crítico, por Manuel Paniagua Zurera	9
--	---

- Organizaciones de trabajo asociado y transmisión de empresas. Por Frederic López i Mora	31
- La cooperativización en la economía cubana. Su reglamentación jurídica, por Marta Moreno Cruz y Emilia Horta Herrera	43
- Estudio comparado de las estructuras financieras de las empresas cuyos titulares son sociedades cooperativas reguladas por las leyes españolas de cooperativas, general y autonómicas, así como del régimen jurídico de las principales masas patrimoniales que las integran, por Primitivo Borjabad Gonzalo	53

SEMINARIO. EL COOPERATIVISMO VALENCIANO: PERSPECTIVA JURÍDICA ACTUAL (15, 23 y 29 de octubre / 5, 13 y 19 de noviembre de 1997)

- Presentación por Manuel Serrano Richarte	104
- Tendencias de la legislación cooperativa en España, por Gemma Fajardo García	106
- Ámbito de aplicación de la legislación autonómica sobre cooperativas. Por Narciso Paz Canalejo	115
- Consideraciones generales sobre la reforma del régimen de los órganos sociales de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, por Vicente Cuñat Edo.	134
- Problemas actuales de la integración cooperativa, por José Miguel Embid Irujo	149
- Cuestiones sobre el régimen económico de la cooperativa. Por Francisco Vicent Chuliá	167
- Mesa Redonda: Situación del cooperativismo valenciano	183

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social, enero 1996-junio 1997	215
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (octubre 1996 - mayo 1997)	261

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales	269
- Decreto Ley nº 7/1998, de 15 de enero. Reglamenta el régimen jurídico de las cooperativas de solidaridad social de Portugal.	279
- Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid	283
- Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura	293
- Ley 6/1998, de 13 de mayo, de Regulación del Funcionamiento de las Secciones de Crédito de las Cooperativas	363

Nº 10 – 1999

COMENTARIOS

- Los recursos propios en las Cooperativas de Crédito, por Conrado Balaguer Escrig	9
- Algunos comentarios sobre la relación entre el Derecho de defensa de la competencia y el Derecho de Cooperativas, por José María Paz Arias	25
- Propiedad horizontal en régimen cooperativo, por Iván Jesús Trujillo Díez.	37
- La reforma de la legislación cooperativa estatal, por Gemma Fajardo García.	45
- Jornadas. Mutualidades de Previsión Social (23 de noviembre de 1998).	79

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Julio 1997 - Enero 1999	111
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (junio 1997 - diciembre 1998)	195

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Decreto Legislativo 1/1998, de 23 de junio, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana	211
- Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de cooperativas de Galicia	257
- Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón	319
- Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados	359
- Real Decreto 2114/1998, de 2 de octubre, sobre Registro Administrativo de Sociedades Laborales	393
- Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas	399

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

- Lei 51/1996, de 7 de septiembre. Código Cooperativo Portugués	455
---	-----

Nº 11 – 2000

COMENTARIOS

- Análisis de la reforma de la Ley 4/1993, de 24 de junio de cooperativas de Euskadi (Ley 1/2000, de 29 de junio), por Santiago Merino Hernández	9
- Grupos paritarios de cooperativas de crédito y prácticas restrictivas de la competencia. A propósito del Grupo Caja Rural, por Francisco González Castilla	25
- Las cooperativas de segundo grado en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, por Ángeles Cuenca García	69
- Jornadas de Estudio sobre la Ley de Cooperativas de Galicia, por Alfredo Romero Gallardo	119
- El orden jurídico-constitucional del cooperativismo portugués, por Rui Namorado	135

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Enero 1999-Abril 2000	151
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (enero 1999 - abril 2000)	183

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas	197
- Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid	273
- Decreto 64/1999, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimientos y requisitos relativos a las sociedades cooperativas de utilidad pública	339
- Decreto 61/2000, de 4 de abril, por el que se regulan las Cooperativas de Iniciativa Social	345
- Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorro de Andalucía	347
- Ley 3/1998, de 1 de julio, de Cajas de Ahorros de la Región de Murcia	389

- Ley 7/2000, de 29 de mayo, de la Generalitat Valenciana, de Mutualidades de Previsión Social de la Comunidad Valenciana	415
- Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana	425

Nº 12 – 2001

COMENTARIOS

- La cooperativa mixta: un tipo societario, por Juan Grima Ferrada.	9
- Análisis de la naturaleza y del régimen jurídico de organización y funcionamiento del Consejo Gallego de Cooperativas, por Julio Costas Comesaña.	21
- La prescripción de las obligaciones entre la cooperativa y sus socios y la naturaleza no mercantil de su relación, por Gemma Fajardo García.	37
- Tratamiento fiscal de las cooperativas de crédito, por M ^a Pilar Alguacil Marí	51
- La sociedad cooperativa de pequeño tamaño: ¿es una verdadera forma simplificada de sociedad cooperativa?, por Renato Dabormida.	85

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de Economía Social. Marzo 1994 – Diciembre 2000.	109
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Mayo 2000 – diciembre 2000.	127
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (abril 2000 - diciembre 2000)	193

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley 1/2000, de 29 de junio, de modificación de la Ley de Cooperativas de Euskadi	211
- Ley 9/2000, de 30 de junio, de Mutualidades de Previsión Social de la Comunidad Autónoma de Madrid	221
- Ley del Principado de Asturias 2/2000, de 23 de Junio, de Cajas de Ahorro	237
- Ley 4/2000, de 28 de noviembre, de reforma de la Ley 1/1991, de 4 de enero, de las Cajas de Ahorros en Aragón	269
- Real Decreto-Ley 10/2000, de 6 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a los sectores agrario, pesquero y del transporte.	277
- Real Decreto 1278/2000, de 30 de junio, por el que se adaptan determinadas disposiciones de Seguridad Social para su aplicación a las sociedades cooperativas	279
- Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica	283
- Decreto 245/2000, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Arbitraje, Conciliación y Mediación Cooperativos de Extremadura	291

Nº 13 – 2002

COMENTARIOS

- El futuro de la legislación cooperativa, por Francisco Vicent Chuliá	9
- Beneficios fiscales aplicables a las cooperativas en el impuesto sobre Sociedades, por Marta Montero Simó	49
- Los procesos de concentración y de integración cooperativa y su tributación: especial referencia a las fusiones y a la creación de grupos cooperativos. Por Purificación Peris García	69
- El órgano de administración en las sociedades laborales, por Josefina Boquera Matarredona.	111
- Reforma del derecho societario y fines cooperativistas, por Emanuele Cusa	125
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de Economía Social	141
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Enero 2001 – marzo 2002.	151
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (enero 2001 - marzo 2002)	243

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja	263
- Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León	323
- Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas de la Cataluña.	385
- Ley 5/2001, de 10 de mayo, de Crédito Cooperativo	441
- Real Decreto 136/2002, de 1 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas	461
- Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación	475
- Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña	493
- Ley 5/2001, de 4 de julio, de Cajas de Ahorro de Castilla y León.	507

Nº 14 – 2003

COMENTARIOS

- Reflexiones en torno a la nueva Ley de Cooperativas de Cataluña, por Cristina R. Grau López	9
- Novedades de la Ley 8/2003 de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, por M ^a José Senent Vidal	31
- La Sociedad Cooperativa Europea, por Francisco Vicent Chuliá	51
- El arbitraje cooperativo. El caso valenciano, por Jaime Martí Miravalls	83
- Tratamiento fiscal de las cooperativas a la luz del régimen europeo de Ayudas de Estado, por M ^a Pilar Alguacil Marí	131
- Ley Orgánica del Derecho de Asociación: Aspectos sociales y económicos, por José Luis Argudo Pérez	183

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de Economía Social. Enero 2002 – Enero 2003	205
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Abril 2002 – Julio 2003	209
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (abril 2002 - marzo 2003)	323

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha	339
- Ley 3/2002, de 16 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas	407
- Ley 1/2003, de 20 de marzo, de Cooperativas de las Illes Balears	413
- Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana	473
- Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones	535
- Decreto 129/2002, de 24 de septiembre, que regula el funcionamiento de las Secciones de Crédito de las Sociedades Cooperativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura.	555
- Reglamento (CE) 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE)	565
- Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.	593

Nº 15 – 2004

COMENTARIOS

- Insolvencia de empresas de Economía Social y del Tercer Sector: Soluciones extraordi- narias de convenio concursal, por Juan Ignacio Font Galán, Luis M ^a Miranda Serrano, Javier Pagador López, Pedro José Vela Torres.	9
- Denominación, domicilio, impugnación de acuerdos y derecho de suscripción prefe- rente en las sociedades laborales, por Josefina Boquera Matarredona.	29
- Transmisión de acciones y participaciones en las sociedades laborales, por Daniel Rodríguez Ruiz de Villa	57
- Las cooperativas como empresas de inserción social, por M ^a José Senent Vidal.	109
- La Sociedad Cooperativa Europea y su adecuación a los principios de la ACI, por Pablo Rodríguez Abelenda.	129
- Il procedimento assembleare nella società cooperativa e il principio democratico, por Emanuele Cusa	171
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Julio 2003 – Mayo 2004.	191
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (abril 2003 - mayo 2004)	247

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo	263
---	-----

- Real Decreto 302/2004, de 20 de febrero, sobre cuotas participativas de las cajas de ahorros	275
- Ley 7/2003, de 26 de marzo, de Inserción Sociolaboral de La Rioja	283
- Ley 10/2003, de 13 de junio, de Mutualidades de Previsión Social de Cataluña	293
- Decreto 280/2003, de 4 de noviembre, de desarrollo de la Ley 6/1998, de 13 de mayo, de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas catalanas	315
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Fomento de las Cooperativas en Europa	319

Nº 16 – 2005

COMENTARIOS

- La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas, por Gemma Fajardo García	9
- La representación de las sociedades cooperativas en la Ley Andaluza, por Manuel Paniagua Zurera	55
- El reglamento de régimen interno de la cooperativa: “instrucciones de uso”, por M ^a José Senent Vidal.	69
- Convenio arbitral y conflictos cooperativos. Por Jaime Martí Miravalls	81
- El principio de educación, formación e información como pilar básico del concepto de cooperativa, por José M. Corberá Martínez.	101
- Apuntes sobre la pertinencia o necesidad de un derecho solidario, por Dante Cracogna	131

COMENTARIOS Y NOTAS DE JURISPRUDENCIA

- Externalización productiva, cooperativas de trabajo asociado y fraude de ley. (STS 12-9-2004). Por Frederic López i Mora	227
- Establecimiento en Reglamento de Régimen interior de Cooperativa como causa de baja obligatoria de los socios de la no prestación de los servicios debidos, (STS 1-6-2004). Por M ^a José Senent Vidal.	234

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Junio 2004 – diciembre 2004. Por Jesús Olavarria, Gemma Fajardo, Rocio Martí, Frederic López y M ^a José Senent.	149
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (junio 2004 - julio 2005), por Gemma Fajardo	241

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Decreto 104/2004, de 23 de septiembre, por el que se regula la organización y el funcionamiento del Consejo Superior Regional para el Fomento del Cooperativismo de Castilla y León	269
- Decreto 125/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Cooperativas de Castilla y León	275

- Decreto 59/2005, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Registro de Cooperativas de Euskadi	281
- Decreto 248/2004, de 14 de octubre, de Galicia por el que se regulan los procedimientos de conciliación y arbitraje cooperativa	313
- Decreto 83/2005, de 22 abril, del Consell de la Generalitat, por el que se regulan las Cooperativas de Crédito de la Comunidad Valenciana	321
- Decreto legislativo 1/2005, de 10 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes 7/1985, de 17 de julio, y 4/1996, de 31 de mayo, de cajas de ahorros de Galicia.	331
- Ley 6/2004, de 18 de octubre, de Cajas de Ahorro de La Rioja.	355

Nº 17 – 2006

COMENTARIOS

- El encuadramiento jurídico de la economía social - introducción al caso portugués. Por Rui Namorado	9
- La fusión de cooperativas en la legislación española. Por I. Gemma Fajardo García	35
- Marco jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España. Por Ana Lambea Rueda	85
- Algunos problemas de nulidad y eficacia del convenio arbitral cooperativo. Por José Luis Argudo Pérez	113
- Régimen jurídico de los nuevos tipos “cooperativos” de Venezuela. Por Alberto García Müller	131

Reseña de jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de Economía Social. Enero 2005 - enero 2006. Por Isabel Rodríguez Martínez	143
Reseña de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Enero 2005 - diciembre 2005. Por Jesús Olavarría, Gemma Fajardo Rocío Martí y Consuelo Alcover.	163

COMENTARIOS Y NOTAS DE JURISPRUDENCIA

- Tratamiento tributario de las Cajas de Ahorro y principio de igualdad tributaria. Por María Pilar Alguacil Marí	227
- El arbitraje en las sociedades cooperativas. Por Santiago Merino Hernández	230
- Sector público, descentralización productiva y cooperativas de trabajo asociado como empresas “pantalla”. Por Frederic López i Mora	234

Reseña de legislación sobre entidades de Economía Social. Por Gemma Fajardo	239
---	-----

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley Foral 5/2006, de 11 de abril, de modificación de la Ley Foral 12/1996, de 2 de julio, de Cooperativas de Navarra, para la adición de la regulación de las cooperativas de iniciativa social	279
---	-----

- Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal	283
- Decreto 72/2006, de 30 de mayo, por el que se establecen los procedimientos de arbitraje, conciliación y mediación, en el ámbito de la Economía Social de Castilla-La Mancha	307
- Decreto 50/2006, de 23 de marzo, de modificación del Decreto 261/2002, de 30 de julio, por el que se aprueban las normas reguladoras de las cofradías de pescadores y sus federaciones en Galicia	317

Nº 18 – 2007

COMENTARIOS

- La responsabilidad del órgano de administración de las sociedades cooperativas y su necesaria incardinación en el moderno derecho de sociedades. Por Carmen Pastor Sempere	9
- La aplicación del apartado quinto del artículo 262 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas a las Sociedades Cooperativas. Por Manuel José Vázquez Pena	37
- El Derecho de la Economía Social: entre la Constitución y el mercado, la equidad y la eficiencia. Por Alfonso Cano López	53
- La potestad administrativa sancionadora en la Ley 8/2003, de 24 de marzo de Cooperativas de la Comunidad Valenciana. Por María Burzaco Samper	73
- Responsabilidad por no promoción de la disolución de los miembros del consejo rector. Por Jorge Moya Ballester	107
- Retos y oportunidades de la globalización para las cooperativas y el marco legal cooperativo. Por Hagen Henrÿ	123

Reseña de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social.

Enero 2006 - junio 2005. Por Jesús Olavarría	139
Reseña de legislación sobre entidades de Economía Social. Por Gemma Fajardo	163

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas	179
- Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas, de la Región de Murcia	205
- Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra	273
- Ley 8/2006, de 1 de diciembre, de segunda modificación de la Ley de Cooperativas de Euskadi	307
- Ley 8/2006, de 23 diciembre, de Sociedades Cooperativas Especiales de Extremadura	311
- Ley 1/2007, de 5 de febrero, de la Generalitat, por la que se regulan las empresas de inserción para fomentar la inclusión social en la Comunitat Valenciana	319
- Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo	327

Nº 19 – 2008

COMENTARIOS

- Marco jurídico de las empresas de economía social: dificultades y alternativas en la configuración de un estatuto jurídico para las entidades de economía social. Por Luis Ángel Sánchez Pachón 9
- Bases jurídicas de las políticas públicas sobre cooperativas. Por Alberto García Müller. 39
- Algunas consideraciones sobre las cooperativas de iniciativa social en el marco del fomento de empleo y la inserción laboral. Una perspectiva jurídico-económica. Por Amalia Rodríguez González y Ana Ortega Álvarez 55
- Incentivos fiscales a cooperativas y entidades sin fines lucrativos. ¿Paradigma de las políticas de promoción de la responsabilidad social de las organizaciones? Por Mercedes Ruiz Garijo 79
- Métodos de resolución extrajudicial de conflictos en las sociedades cooperativas de Galicia. Por Pablo Fernández Carballo-Calero y Christian Herrera Petrus 99

SIMPOSIO CONFESAL: PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY DE 1997 DE SOCIEDADES LABORALES

- Presentación. Por Gemma Fajardo García 125
- Texto integrado de la Ley vigente con las reformas propuestas 127

Aspectos societarios

- Aspectos societarios de la reforma de la Ley de Sociedades Laborales. Por Gemma Fajardo García 141
- Algunas reflexiones tópicas al hilo de una singular y necesaria propuesta de reforma. Por Alfonso Cano López 159
- Algunos aspectos societarios de la propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Laborales presentada por CONFESAL. Por Jesús Olavarría Iglesia 173
- Propuesta de reforma de la Ley de 1997 de Sociedades Laborales – CONFESAL. Problemas societarios. Por Juan Carlos Sáenz García De Albizu 179

Aspectos tributarios

- Reforma de la tributación de las sociedades laborales. Por M^a Pilar Alguacil Marí. 189
- La reforma de los preceptos tributarios de la Ley 4/1997, de Sociedades Laborales. Por Iñigo Barberena Belzunce 217
- Algunas reflexiones a la propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Laborales 4/1997, en materia fiscal. Por José Manuel de Luis Esteban 223
- Sociedades laborales: problemas actuales y justificación científica de una fiscalidad adecuada. Por Rafael Calvo Ortega 237

Aspectos laborales y de la Seguridad Social

- Las sociedades laborales desde el derecho del trabajo. Cuestiones centrales y propuestas de reforma. Por Juan Lopez Gandía 251
- Sobre la reforma de la Ley 4/1997, de Sociedades Laborales. Por Frederic López i Mora 263

- Exposición y análisis sobre la propuesta de reforma de la ley en los aspectos laborales y de encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social. Por José Luis Goñi Sein 291
- Aspectos laborales de la propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Laborales de CONFESAL. Por Maravillas Espín Sáez 309

NOTAS Y COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA

- Impugnación de asamblea general de cooperativa por defectos en su convocatoria (STS 12 de marzo de 2007). Por M^a José Senent Vidal 334
- Impugnación de acuerdos de asamblea general y Derecho de información del cooperativista (STS 28 de marzo de 2007). Por M^a José Senent Vidal 340
- El IVA de las subvenciones del FEOGA a las cooperativas forrajeras (STS 12 de junio de 2007). Por María Pilar Bonet Sánchez 344

- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Julio 2006 - junio 2007. Por Jesús Olavarría Iglesia, Gemma Fajardo García, Rocío Martí Lacalle y Consuelo Alcover 315
- Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social. Por Gemma Fajardo 365

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS

- Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea. (Extracto) Disposición adicional cuarta 391
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. (Extracto) Disposición Adicional Sexta y Séptima 393
- Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción (BOE 299, 14 de diciembre) 395
- Ley 6/2008, de 25 de junio, de la Sociedad Cooperativa Pequeña de Euskadi 409

Nº 20 – 2009

COMENTARIOS

- La legislación española sobre cooperativas y sociedades laborales: ¿una respuesta adecuada a las necesidades del sector? Por Rosalía Alfonso Sánchez 9
- La progresiva diversificación del objeto social de las cooperativas de viviendas. Por Manuel Botana Agra 43
- La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad corporativa. Por Carlos Vargas Vasserot 59
- Notas en torno al régimen jurídico de responsabilidad civil de los administradores de cooperativas. Por Luis Pedro Gallego Sevilla 83
- Las mutualidades de previsión social como fórmula alternativa dentro del IRPF a los planes de pensiones de los sistemas asociado e individual. Por Juan Calvo Vérguez 115
- Razones que justifican una fiscalidad específica de las Mutualidades de Previsión Social. Por M.^a Consuelo Fuster Asencio 149

- Nueva versión de la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina. Por Dante Cracogna 183
- Los principios cooperativos en la legislación chilena. Por Jaime Alcalde Silva 201

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Julio 2007 - junio 2008. Por Gemma Fajardo García, Jesús Olavarría Iglesia, Rocío Martí Lacalle y Consuelo Alcover 293

NOTAS Y COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA

- El pago único de la prestación por desempleo para la participación en sociedades laborales y cooperativas. Por Vanessa Martí Moya y Luis Millán Alventosa 307
- La no deducibilidad en el Impuesto de Sociedades de las dotaciones efectuadas a fondos internos, como forma que instrumentaliza compromisos por pensiones. Por M.ª Consuelo Fuster Asencio 349

Reseña de legislación sobre entidades de Economía Social (Mayo 2008 - Junio 2009). Por Gemma Fajardo 361

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERES

- Ley 14/2008, de 18 de noviembre, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana 397
- Ley 9/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de modificación de la Ley 98/1998, de 9 de diciembre de 1998, de Fundaciones de la Comunitat Valenciana 417

DOCUMENTACIÓN

- Informe sobre Economía Social (Informe Toia). Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo (26-1-2009) 435
- Decisión de la Comisión Europea relativa a las medidas de apoyo al sector agrícola aplicadas por España tras la subida del coste del combustible (nº C 22/2001) 449
- Anexos al Informe para la elaboración de una Ley de Fomento de la Economía Social. Por José Luis Monzón (Coordinador), Rafael Calvo Ortega, Rafael Chaves Ávila, Isabel Gemma Fajardo García, Fernando Valdés Dal-Re 485
- MERCOSUR. Estatuto de las cooperativas. 509

Nº 21 – 2010

ARTÍCULOS

- Principales aspectos jurídicos del derecho de información del socio en la cooperativa. Por María del Pino Domínguez Cabrera 9
- El derecho de reembolso del socio en caso de baja y el concurso de las sociedades cooperativas. Por Carlos Vargas Vasserot. 37
- Aplicación del régimen de operaciones vinculadas a las operaciones cooperativas-socio. Las operaciones cooperativizadas. Por Miguel Ángel Sánchez Huete. 59
- Empresas de inserción: razones para una fiscalidad específica. Por Mª Pilar Bonet Sánchez. 87

- Luces y sombras de la reforma de la Ley de Sociedades Laborales. Por M^a del Mar Andreu Martí 119
- Las aportaciones no dinerarias en las sociedades agrarias de transformación. Un caso singular: valoración por remisión a los criterios contenidos en las leyes fiscales sobre comprobación de valores. Por Miguel Ángel Luque Mateo 145
- Respuesta del ordenamiento jurídico español ante la realidad de la Sociedad Cooperativa Europea. Por Rosalía Alfonso Sánchez 169

- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Julio 2008 - Junio 2009. Por Gemma Fajardo García, Jesús Olavarría Iglesia, Rocío Martí Lacalle y Consuelo Alcover 199
- Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social. Por Gemma Fajardo García 239

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERES

- Ley del Principado de Asturias 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas 263
- Ley 4/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón 337
- Ley 10/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid (Capítulo IV) 363
- Real Decreto 1298/2009, de 31 de julio, por el que se modifica el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, y el Reglamento de mutualidades de previsión social, aprobado por el Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre 367
- Real Decreto 49/2010, de 22 de enero, por el que se crea el Registro Administrativo de Empresas de Inserción del Ministerio de Trabajo e Inmigración 375

DOCUMENTACIÓN

- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Distintos tipos de empresa». 1 de octubre de 2009 379

Nº 22 – 2011

ARTÍCULOS

- El régimen jurídico del cambio de las cajas de ahorros españolas. Por María Jesús Peñas Moyano 9
- En torno al concepto y la caracterización jurídica de la empresa (rectius: sociedad) de inserción. Por Alfonso Cano López 43
- Aportaciones exigibles o no exigibles: ésa es la cuestión. Por Carlos Vargas Vasserot 75
- Los acuerdos intercooperativos. Un instrumento jurídico para la colaboración en momentos de crisis económica. Por Luis Ángel Sánchez Pachón 121
- El régimen fiscal especial de las cooperativas y su compatibilidad con la normativa sobre ayudas de Estado. Por M^a Belén Bahía Almansa 151

- El estatuto jurídico-profesional de los socios trabajadores en la proyectada reforma de las sociedades laborales. Por Faustino Cavas Martínez y Alejandra Selma Penalva 181

- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Julio 2009 - Septiembre 2010. Por Gemma Fajardo García, Jesús Olavarría Iglesia, Rocío Martí Lacalle, Consuelo Alcover Navasquillo y Pilar Alguacil Marí 217

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

- La adjudicación y venta de parcelas como objeto social de las cooperativas de viviendas. Por Gemma Fajardo García 253
- Deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de las dotaciones a la obra benéfico-social de las Cajas de Ahorro. Por Consuelo Fuster Asencio. 273
- Calificación a efectos del IVA de la derrama especial exigida a los cooperativistas de la PSV en ejecución del plan de viabilidad. Por M^a Pilar Bonet Sánchez. 279

- Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social. Por Gemma Fajardo García 291

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERES

- Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social. 315
- Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España 331
- Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha 341

Nº 23 – 2012

ARTÍCULOS

- Ley de Economía Social, interés general y regímenes tributarios especiales. Por Salvador Montesinos Oltra. 9
- Delimitación del concepto de cooperativa: de los principios cooperativos a la responsabilidad social corporativa. Por Enrique Gadea Soler 37
- Uma análise do regime jurídico da cooperativa à luz do conceito de empreendedorismo social. Por Deolinda Aparício Meira. 59
- Competitividad de las cooperativas y régimen fiscal específico: el incentivo por objetivos. Por María del Carmen Pastor del Pino 97
- El sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España tras la aprobación de su ley reguladora 3/2011 de 4 de marzo. Por Irene Escuin Ibáñez 121
- Adjudicación y cesión de uso en las Cooperativas de Viviendas: usufructo, uso y habitación y arrendamiento. Por Ana Lambea Rueda 139
- La Ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias y sus potenciales efectos jurídicos en las entidades de economía social. Por María José Senent Vidal 179
- El nuevo estatuto de las sociedades agrarias de transformación en Aragón. Por José Luis Argudo Pérez 205

- El estudio de los negocios onerosos en ámbitos religiosos como base para la moderna economía ética. Por Andrea Nuvoli 237

- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Octubre 2010 - Septiembre 2012. Por Jesús Olavarría Iglesia y Gemma Fajardo García 269
- Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social. Por Gemma Fajardo García 377

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS

- Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas 397

DOCUMENTACIÓN

- Iniciativa en favor del emprendimiento social. Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la economía y la innovación sociales. 493
- Iniciativa en favor del emprendimiento social. Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la economía y la innovación sociales. Ponente: Giuseppe Guerini 509

Nº 24 – 2013

- Prólogo. Por José Luis Monzón Campos 7

ARTÍCULOS

- Superar la crisis del Estado de bienestar: el rol de las empresas democráticas, una perspectiva jurídica. Por Hagen Henry 11
- A Lei de Bases da Economia Social portuguesa: do projeto ao texto final. Por Deolinda Aparício Meira. 21
- Notas críticas a la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas. Por Manuel Paniagua Zurera 53
- Singularidades del régimen jurídico contable de las sociedades cooperativas. Por Eugenio Olmedo Peralta 117
- Estatuto jurídico del socio capitalista de las cooperativas mixtas. Por Angélica Díaz de la Rosa 157
- Empleo de calidad y cooperativas de trabajo asociado: trabajadores por cuenta ajena y socios trabajadores. Por Juan Escribano Gutiérrez 199
- Conveniencia de incorporar capital a las sociedades cooperativas. Las cooperativas mixtas y su comparativa con el sistema italiano. Por Trinidad Vázquez Ruano 225
- La delincuencia fiscal y su sanción penal ¿provocan las peculiaridades de las cooperativas alguna diferencia? Por M^a Begoña Villarroya Lequericaonandia 253
- Las esferas jurídica, social e institucional del comercio justo. Desde la visión general del comercio justo hasta una posible función activa de las universidades valencianas en esta materia. Por Fernando de Rojas Martínez-Parets 285

- El nuevo grupo de estudio en derecho cooperativo europeo y el proyecto «Los principios del derecho cooperativo europeo». Por Gemma Fajardo, Antonio Fici, Hagen Henrÿ, David Hiez, Hans-H. Münkner y Ian Snaith	331
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de economía social. Octubre 2012 - octubre 2013. Por Gemma Fajardo García y Jesús Olavarría Iglesia.	351
COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA	
- El sistema de precio fijo de los libros y las Cooperativas de consumo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2013. Por María José Senent Vidal	425
- Consecuencias fiscales de la incorrecta aplicación del Fondo de Educación y Promoción. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 noviembre 2012. Por María Pilar Alguacil Marí	441
- Imputación fiscal de subvenciones a los socios solicitantes aunque la Sociedad Agraria de Transformación ejecute la acción subvencionada. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 marzo 2013. Por María Pilar Alguacil Marí.	447
- La participación de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en las sociedades de prevención. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 abril de 2013. Por Manuel Alegre Nuevo	453
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social.. Por Gemma Fajardo García.	459

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa es una revista jurídica de periodicidad anual, cuyo campo de estudio es el formado por las empresas y entidades que tienen como finalidad el servicio del interés general o social, más concretamente la economía social, integrada, principalmente, por las cooperativas, sociedades laborales, mutualidades, fundaciones y asociaciones.

El Consejo de Redacción de la revista **CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa** examinará todos los artículos relacionados con el mencionado objeto de estudio que le sean remitidos. Los trabajos deberán ser inéditos y no estar presentados para su publicación en ningún otro medio. Se supone que todos los autores han dado su aprobación para que el manuscrito se presente a la revista.

Los originales serán sometidos al criterio de evaluadores externos anónimos (doble referee). Serán criterios de selección el nivel científico y la contribución de los mismos al intercambio de información entre el ámbito investigador y el de los profesionales de las administraciones públicas y de las empresas de la economía social. Los trabajos podrán ser aceptados, sujetos a revisiones menores o mayores, o rechazados. La decisión editorial será comunicada a los autores, indicando las razones para la aceptación, revisión o rechazo del manuscrito. Los autores de los manuscritos aprobados para su publicación deberán ceder el copyright del artículo y autorizar a la Revista para publicar el artículo en su página web y a incluirlo en diversas bases de datos científicas, conforme a la legalidad vigente.

Un ejemplar del artículo deberá ser remitido en formato electrónico a la dirección ammb@uv.es

Dirección Portal: CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa.

Campus Els Tarongers. Facultat de Economia, despatxo 2P21, 46022 Valencia.

Normas de edición:

1. Los artículos estarán redactados en lengua española, portuguesa o inglesa.
2. Su primera página deberá incluir:

- Título del artículo. Si el título es largo deberá contener un título principal que no excederá de los 40 caracteres y un título secundario.
- El/los nombre/s, dirección/es e institución a las que pertenecen el/los autor/es, y el máximo rango académico alcanzado por cada autor hasta la fecha, señalando, asimismo, la dirección a la que habrá de remitirse la respuesta del consejo de redacción.
- Un resumen de 100 a 150 palabras, en castellano e inglés.
- Entre cuatro y ocho palabras clave o descriptivas.
- Entre tres y seis claves-descriptores alfanuméricos conforme al sistema de clasificación de Econlit http://www.econlit.org/subject_descriptors.html. Al menos una de ellas debe ser propia o próxima a la Economía Social.
- Sumario.

3. El artículo, redactado con letra a tamaño 12 y en interlineado simple, tendrá una extensión de entre 15 y 30 páginas, incluidos textos, tablas y elementos gráficos, bibliografía y anexos. El autor entregará una copia en soporte informático (Microsoft Office o formato RTF).

4. La bibliografía del estudio, tanto a pie de página como al final del artículo se citará de la siguiente manera:

Monografía: Autor (Autores): *Título de la obra*, Editorial, Lugar, Año, página.

Ejemplo: Martín Bernal, J.M.: *Asociaciones y Fundaciones*, Civitas, Madrid, 2005, p. 46.

Artículo: Autor (Autores): "Nombre del Artículo", *Nombre de la revista o publicación*, Editorial, Lugar (en su caso), Número, Año, página.

Ejemplo: Fajardo García, I.G.: "La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas", *Ciriec. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa (o RJCiriec)*, nº 16, Noviembre, 2005, pp. 9-11.

La cita a pie de página podrá sustituirse por la indicación en el texto y entre paréntesis del autor, el año de su publicación (distinguiendo a, b, c,... si hay varias publicaciones del mismo autor) y eventualmente las páginas. Por ejemplo: (Botana, 2004:87).

INSTRUCTIONS TO AUTHORS

CIRIEC-España, revista jurídica de economía social y cooperativa (RJ Ciriec) is an annual scientific review of law. Its research field ranges over enterprises and entities which aim is to serve to the general benefit and, in particular, social economy -mostly composed of co-operatives, labour societies, mutual saving banks, foundations and associations.

The Editing Board of the review will examine all articles related to social economy (third sector), specially those related to co-operatives, mutual benefit societies and non profit organizations, which are submitted to be published. All articles submitted must be unpublished and not submitted to any other source for its publication. It is supposed that authors have given their consent to publish the article in this review.

Papers will be evaluated by external referees. The articles' scientific level and their contribution to the information exchange between the research field and that of those working on Public Administration and on social economy (third sector) will be some of the selective criteria. Articles may be accepted, revised to a different degree or refused. The authors of the articles accepted must renounce to the copyright of its version and authorize the review to publish their articles on its Web page as well as reproduced them in different scientific data base, as established by law.

Articles must be sent in electronic format to ammb@uv.es.

Postal mail: CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa.

Campus Els Tarongers. Facultad de Economía, despacho 2P21, 46022 Valencia.

Writing procedures:

1. All articles must be written in Spanish, Portuguese or in English.

2. Their first page must include:

- The article's title. If the title is long, it should offer a principal title of no more than 40 characters and a secondary title.
- The name/s and address/es of the institutions to which authors belong, indicating also the e-mail address to which the Editing Board should answer.
- 100 - 150 words abstract in Spanish and English.
- Four - eight keywords or descriptors.
- Between three and six keys - alphanumeric descriptors as established by Econlit classification system http://www.econlit.org/subject_descriptors.html
- Summary

3. The article text, typewritten in one space must have an extension between 15 and 30 pages, including notes and bibliography, and in electronic format (Microsoft Office or RTF).

4. Quotations both footnotes and end of the article must be cited in the following way:

Book: Martín Bernal, J.M.: *Asociaciones y Fundaciones*, Civitas, Madrid, 2005, p. 46.

Artículo: Fajardo García, I.G: "La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas", *Ciriec. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* (o *RJCiriec*), nº 16, Noviembre, 2005, pp. 9-11.

Quotation in a footnote may be replaced by indication in the text including in brackets the first surname of the author/s as well as its publication year (distinguishing between a, b, c if there were different publications of the same author/s) and eventually, the pages; for example (Botana 2004, 87).

All quotes must be listed at the end of the article in alphabetical and chronological order, under the headline Bibliography.

EVALUADORES

El Consejo de Dirección de CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, desea agradecer la colaboración de los siguientes evaluadores:

ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía
ALGUACIL MARÍ, Pilar
APARICIO MEIRA, Deolinda
ARANA LANDÍN, Sofía
ARGUDO PERIZ, José Luis
ARNAU COSÍN, María José
BAHÍA ALMANSA, M^a Belén
BATALLER GRAU, Juan
BLASCO PELLICER, Carmen
BONET NAVARRO, Jaime
BONET SÁNCHEZ, Pilar
BOQUERA MATARREDONA, Josefina
CRACOGNA, Dante
CRUZ PADIAL, Ignacio
CUENCA GARCÍA, M. Ángeles
ESPÍN SÁEZ, Maravillas
ESTEVAN DE QUESADA, Carmen
FERRANDO VILLALBA, María Lourdes
GADEA SOLER, Enrique
GARCÍA MÜLLER, Alberto
LAMBEA RUEDA, Ana
MAFFIOLETTI, Emanuelle
MARTÍ MOYA, Vanessa
MARTÍNEZ CHARTERINA, Alejandro
MATEU GORDON, José Luis
MEIRA, Deolinda
MELIÁN NAVARRO, Amparo
MILLÁN CALENTÍ, Rafael
MONTERO SIMO, Marta
MONTES RODRÍGUEZ, María Pilar
MORATAL, José
PANIAGUA ZURERA, Manuel
PASTOR SEMPERE, Carmen
PÉREZ DE URALDE, Txema
PERIS GARCÍA, Purificación
RIBAS BONET, M^a Antonia
RODRIGO RUIZ, Marco Antonio
RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Amalia
ROMERO CIVERA, Agustín
RUIZ GARIJO, Mercedes
SANCHEZ PACHÓN, Luis Ángel
SENENT VIDAL, M^a José
SERRA RODRÍGUEZ, María Adela
VAÑÓ VAÑÓ, M^a José
VARGAS VASSEROT, Carlos

CIDEC

El CIDEC es el Centro de Información y Documentación Europea de Economía Pública, Social y Cooperativa, de la Facultat d'Economia de la Universitat de València y de la asociación científica CIRIEC-España.

Desde 1989 ofrece información y asesoramiento a investigadores, estudiantes y otras personas interesadas en temas de Economía Social, en especial cooperativas de trabajo asociado, cooperativas agrarias, otras cooperativas, entidades sin ánimo de lucro y asociacionismo, y en temas de empleo, servicios sociales y turismo rural. El CIDEC edita la revista de información *Noticias de la Economía Pública, Social y Cooperativa* y colabora en todas las publicaciones de CIRIEC-España.

El CIDEC procesa, almacena e indexa en su BASE DE DATOS los artículos contenidos en las revistas, tanto nacionales como internacionales, que versan sobre Economía Social y Cooperativa y sobre Economía Pública existentes en su centro de documentación. Dispone de un *Servicio de Alerta* por correo electrónico.

Los investigadores pueden acceder a los contenidos de la base de datos contactando directamente con el CIDEC:

CIDEC
Campus Tarongers
Biblioteca de Ciencias Sociales Gregori Maians
46022 – VALENCIA (ESPAÑA)
Web site: <http://www.uv.es/cidec>
E-mail: cidec@uv.es
Telf. 96 382 87 44



- Estadísticas de la economía social en España
- Área socio-laboral
- Área jurídica
- Noticias de actualidad
- Boletín informativo por e-mail

ACTUALIDAD OBSERVATORIO 19:20 - Lunes, 12 de mayo de 2009

84.42.2008 **AL** **AL**
INICIACIÓN DEL OBSERVATORIO ESPAÑOL DE LA ECONOMÍA SOCIAL.
 La Unión en marcha del Observatorio Español de la Economía Social se ha celebrado, en un ambiente amigable promovido por la asociación científica independiente CIRIEC-España, con los auspicios del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, del Instituto Universitario de Economía Social y Cooperación [...] [Leer más](#)

13.02.2009
EMPLEO ESTABLE.
 OBJETIVO DEL GRAN COLECTIVO FIRMADO POR SINDICATO, PATRONAL Y GOBIERNO ESPAÑOL.
 El año de febrero del acuerdo suscrito por los interlocutores sociales y el Gobierno en la Mesa de Negociación Social, fue prorrogado en el Palacio de la Moncloa, por el Presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero [...] [Leer más](#)

23.03.2009
AUMENTA EL EMPLEO EN COOPERATIVAS Y SOCIEDADES LABORALES EN EL 1º TRIMESTRE.
 Según los datos de afiliación a la Seguridad Social, en el mes de marzo de 2009 [...] [Leer más](#)

19.02.2009
LA OESA SOCIAL DE LAS ILAS ADICIONA A 153 MILLONES EN 2008.
 La Confederación Española de Cooperativas de Consumo (CECA) presentó en A Coruña la Memoria 2008 de la OESA Social [...] [Leer más](#)

04.02.2009
CONTRIBUCIÓN DE LAS COOPERATIVAS AL PIB.
 El PIB de las cooperativas en España en 2008 [...] [Leer más](#)

04.02.2009
CONTRIBUCIÓN DE LAS COOPERATIVAS AL PIB EN EL 2º TRIMESTRE.
 El PIB de las cooperativas en España en el 2º trimestre de 2009 [...] [Leer más](#)

04.02.2009
CONTRIBUCIÓN DE LAS COOPERATIVAS AL PIB EN EL 3º TRIMESTRE.
 El PIB de las cooperativas en España en el 3º trimestre de 2009 [...] [Leer más](#)

04.02.2009
CONTRIBUCIÓN DE LAS COOPERATIVAS AL PIB EN EL 4º TRIMESTRE.
 El PIB de las cooperativas en España en el 4º trimestre de 2009 [...] [Leer más](#)

- Agenda de eventos
- Novedades legislativas
- Novedades bibliográficas
- Jornadas, cursos y premios

ÁREA SOCIO-LABORAL EVOLUCIÓN DE ENTIDADES

Sociedades Cooperativas constituidas por Comunidad Autónoma. Evolución 2000-2005.

	2000	2001	2002	2003	2004	2005(*)
Asturias	762	881	732	718	588	527
Baleares	44	52	48	47	48	50
Canarias	28	26	27	17	19	14
Cataluña	85	83	43	29	12	9
Galicia	5	5	5	5	5	5
Castilla-La Mancha	161	118	83	67	61	72
Castilla-León	124	127	110	100	100	107
Comunidad Valenciana	434	419	240	234	207	126
C. Vascauna	205	210	204	172	226	146
Extremadura	35	37	38	41	38	41
Madrid	85	92	82	73	65	27
Murcia	282	268	242	188	168	118
Navarra	167	201	211	223	227	149
País Vasco	52	49	42	48	111	85
País Vasco	282	262	234	188	168	118
Canarias	16	7	16	3	3	3
Islas Baleares	24	28	27	27	42	40
TOTAL	3.856	3.913	3.294	3.128	3.043	1.965

Cooperativas constituidas según clase y año de constitución. Evolución 2000-2005.

	2000	2001	2002	2003	2004	2005(*)
Asturias	4.500	5.140	6.817	6.750	6.508	5.217
Baleares	689	785	688	651	658	728
Asturias	111	105	76	72	88	237
Baleares	62	71	68	77	80	8

<http://www.ciriec-revistajuridica.es>

