

LA MASA ACTIVA Y PASIVA EN EL CONCURSO DE COOPERATIVAS¹

Dra. Isabel Gemma Fajardo García

Prof. Titular Derecho Mercantil

Universitat de València

No es muy frecuente encontrar trabajos en torno a la insolvencia de la cooperativa y su sometimiento a procedimientos concursales. Los trabajos existentes, en un primer momento se limitaban a valorar qué procedimiento concursal sería de aplicación a las cooperativas, si los previstos en el Código civil o en el Código de comercio. Esta cuestión fue objeto de preocupación para el profesor Manuel Olivencia, al que con este trabajo queremos homenajear, y que tempranamente manifestó interés por el estudio de las cooperativas². En un artículo publicado junto con Sánchez Calero mantenían que mientras exista en España la dualidad de procedimientos concursales, parecía lógico que las cooperativas se sometiesen a aquellos propios de los empresarios mercantiles, como son la suspensión de pagos y la quiebra³. El legislador tomó postura sobre este tema en la Ley de Cooperativas de 1974 en el sentido manifestado por los anteriores. A partir de ahí, las alusiones se han limitado a transcribir la regulación legal, sin mayores valoraciones, o como mucho, justificando la oportunidad de someter las cooperativas a los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos⁴.

1. Este trabajo fue realizado en homenaje al profesor Manuel Olivencia y se publicó en una obra conjunta bajo el título de Estudios sobre la Ley Concursal, por la editorial Marcial Pons en 2004, con el patrocinio de Unicaja y Caja Sur.

2. Para MATEO BLANCO, J. el punto de partida de las aspiraciones mercantilistas de las cooperativas nace precisamente de la ponencia que comentamos (en *El retorno cooperativo*. Institución Fernando el Católico. 1990 p. 168).

3. SANCHEZ CALERO, F y OLIVENCIA RUIZ, M. "Relaciones del régimen jurídico de las sociedades mercantiles y de las sociedades cooperativas", en *El Cooperativismo en la coyuntura española actual*. Anales de Moral Social y Económica. Centro de Estudios de la Santa Cruz del Valle de los Caídos. Madrid, 1964 p. 174.

4. Cuestión distinta, que también ha sido objeto de atención por la doctrina y sobre la que no vamos a entrar en este trabajo es la transformación en cooperativas de sociedades insolventes o en crisis como mecanismo para hacer posible la continuación de la empresa con el esfuerzo de sus trabajadores. Véase en este sentido: FAJARDO GARCIA, "La crisis de la empresa en el Derecho español: medidas alternativas a la quiebra" en *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*. Luglio-Agosto 1994 n° 4. p. 699 y ss. y "Crisi dell'impresa e procedure di risanamento nel diritto spagnolo" en AAVV. a cura di Schiano di Pepe, R. *Crisi dell'impresa e salvaguardia dell'azienda*. Ed. CEDAM (1995).

Con la aprobación de la Ley concursal 22/2003, de 9 de julio y el sometimiento de todos los deudores a un mismo procedimiento concursal pierde relevancia la anterior cuestión.

Pero las verdaderas peculiaridades que presenta el concurso de la cooperativa creo que están todavía por destacar, y ese es el objetivo que nos planteamos con este trabajo. Estas peculiaridades se ponen de manifiesto a la hora de delimitar la masa activa y pasiva del concurso de la cooperativa, los bienes con los que debe hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones y la determinación de éstas. La razón de estas especialidades es consecuencia, por una parte, de la particular estructura financiera de la cooperativa y de otra, de la especial naturaleza de la actividad desarrollada por la cooperativa, que es una actividad económica realizada en nombre propio y por cuenta de sus socios. En el desarrollo de su objeto social, la cooperativa gestiona bienes y fondos que son propiedad de sus socios, y los gestiona en nombre propio. Como consecuencia de esta gestión, la cooperativa traslada a estos los resultados económicos de la misma y en definitiva el riesgo. Esta gestión puede hacerse más compleja cuando la cooperativa desarrolla diversas actividades y estructura su objeto social en secciones. En este caso se contempla la posibilidad de patrimonios separados a efectos de gestión y de responsabilidad.

En las páginas siguientes vamos a analizar las referencias que la ley y la doctrina han hecho al concurso de las cooperativas. Valoraremos la posibilidad de cooperativas con responsabilidad subsidiaria de sus socios. Seguidamente veremos algunos aspectos de la estructura financiera de la cooperativa que cobran especial relevancia en caso de concurso, como su capital, que es variable y por tanto disminuye cuando un socio causa baja; su fondo de educación y promoción cooperativa, que es inembargable por los acreedores de la cooperativa; o algunos instrumentos de financiación típicamente cooperativos, como las participaciones especiales, que pueden calificarse como deuda subordinada o como capital en determinadas circunstancias. De la actividad económica que desarrolla la cooperativa nos interesa conocer las consecuencias que se derivan de la gestión que la cooperativa realiza a favor de sus socios y la titularidad de los bienes que gestiona. También analizaremos las consecuencias que en sede de concurso tiene la estructuración de la cooperativa en secciones, por su consideración como patrimonios separados. Por último, y a título de conclusión, nos planteamos las particularidades de la delimitación de la masa activa y pasiva en el concurso de la cooperativa.

A) EL CONCURSO DE COOPERATIVAS EN LA LITERATURA JURÍDICA

La Ley 52/1974, de 19 de diciembre General de Cooperativas, en su art. 46 dedicado a la Liquidación de la cooperativa, apartado 6º establecía: "*A las cooperativas les será aplicable, en su caso, la legislación sobre suspensión de pagos y quiebras*".

Hasta ese momento, la doctrina que hacía una expresa referencia a las cooperativas en materia concursal era –como decimos– normalmente para valorar si éstas deberían someterse a los procedimientos concursales mercantiles o civiles.

En principio, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia reconocían que dado el tenor del art. 124 C. de c. y de las leyes cooperativas vigentes en el momento, la cooperativa no era un comerciante al que pudiera aplicarse el código de comercio y por tanto no le eran de aplicación los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos⁵.

No obstante la anterior conclusión, algunos autores admitían que si la cooperativa realizase actos de comercio extraños a la mutualidad –como preveía el art. 124 del C. de c.- debería ser sometida a los procedimientos concursales mercantiles⁶.

Otros autores en cambio, no compartían esta opinión, como Sagrera Tizón, para quien la aplicación del Código de comercio solo era posible si la sociedad estaba constituida con arreglo a este Código, lo que no se daba en el caso de las cooperativas, que al no perseguir un fin de lucro sino la utilidad de sus socios, son ignoradas por el Código⁷.

Llegando a similar conclusión se pronunció la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca en sentencia de 18 de mayo de 1963 al considerar derogado el art. 124 del C. de c. por las sucesivas leyes de cooperativas, dada la imposibilidad de calificar a una cooperativa como mercantil, incluso aun realizando operaciones con terceros no socios, como en el caso en conflicto, ya que valora el tribunal que ni por el volumen y entidad de las operaciones realizadas con terceros no socios puede hablarse de operaciones mercantiles por faltar el requisito de habitualidad⁸.

5. En este sentido puede citarse la STS 8 julio 1926 y la opinión de autores como Polo, Garrigues, De Benito, Mampel y Rigau. Véase por todos: TORRES DE CRUELLES, J. La suspensión de pagos, Bosch. Barcelona, pp. 150- 152.

6. RAMIREZ LOPEZ, J.A. en PROVINZIALI, Renzo. Tratado de Derecho de Quiebras. Notas y adiciones de Derecho Español por J. A. Ramirez Lopez. Ed. AHR. Barcelona. vol. I. 1958 p. 225; y TORRES DE CRUELLES, Op. cit. p. 150-152.

7. SAGRERA TIZON, J.M . Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos. Tomo I. Librería Bosch. Barcelona (1974) pp. 139 a 142

8. Según la Sentencia citada de 18 de mayo de 1963: *“.. pese a que el repetido art. 124, admite la posibilidad de que pueda ser calificada una sociedad cooperativa de mercantil cuando se dedicare a actos de comercio extraños a la mutualidad, no es dable olvidar que con la publicación de las dos restantes en 1931 y 1942, tal posibilidad ha quedado totalmente desvanecida, ya que, por su propia definición y naturaleza, una sociedad cooperativa no puede ser calificada de mercantil en razón a que, según la primera, eliminado el lucro de su propia esencia y razón de ser, si a pesar de ello se dedicaba a servir o realizar cualquier combinación lucrativa, la propia Ley, artículo 45, ordenaba le fuera retirada dicha calificación.... ha dejado sin vigencia y contenido de la mencionada Ley Cooperativa, y, además, por resultar afectado aquél y, en particular, el artículo 124, de constante referencia, por la norma general derogatoria de la disposición transitoria 3ª de la misma, todo lo cual priva de fundamento al estado de quiebra declarado, tanto más cuando, aun admitiendo la vigencia del Código de Comercio en el aspecto indicado, los actos realizados por la Caja Rural durante su régimen de vida, ni por su naturaleza ni por el volumen y entidad de las operaciones realizadas con terceros, no asociados, pueden considerarse como operaciones mercantiles integrantes del requisito de la “habitualidad”.*

Siendo esta la situación existente, no es de extrañar que el profesor Vicent Chuliá⁹ afirmase que hasta la Ley de 1974 la crisis patrimonial de la cooperativa tenía que resolverse dentro de los procedimientos concursales civiles de quita y espera y concurso de acreedores.

Tras la aprobación de la Ley de Cooperativas de 1974 y su referencia expresa al sometimiento de la cooperativa a los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos, queda zanjada la cuestión. A partir de entonces la doctrina que se aproxima al tema se limita a criticar la ubicación de la norma en un artículo dedicado a la Liquidación de la cooperativa¹⁰; a justificar la oportunidad del legislador al optar por los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos¹¹, o a valorar la necesidad o no de esa expresa referencia a los procedimientos concursales mercantiles, en función de que se considere a la cooperativa como una sociedad mercantil o no¹².

Especial referencia merece hacerse en este punto a la STS de 24 de enero de 1990 RA. 22¹³, pues se plantea cual ha de ser el procedimiento concursal aplicable a una cooperativa valenciana, ya que la Ley 11/85 por la que se regía establecía en su art. 67, 1 que *“A la cooperativa se aplicará la legislación concursal estatal”*.

A pesar de que la Ley de 1974 hacía referencia a los procedimientos mercantiles, el legislador valenciano no llegó a pronunciarse al respecto por un doble motivo

9. VICENT CHULIA, F. en “La reforma de la legislación cooperativa”, RJ de Cataluña nº 1, 1984 p. 145.

10. Puesto que si bien la quiebra de la cooperativa podría conllevar su disolución si no se llega a un convenio, desde luego en ningún caso este es el fin que se persigue con la suspensión de pagos. Véase MORENO VELEZ y otros. Colegio Notarial de Las Palmas. en Comunidad de Bienes, Cooperativas y otras formas de empresa. Colegios Notariales de España 1996 vol. II p. 1023

11. Por ser la respuesta más adecuada a las exigencias de la actividad empresarial y de la organización de un empresa. Véase GADEA, E. Derecho de las Cooperativas. Análisis de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas del País Vasco. Universidad de Deusto 1999 p. 309

12. Resulta innecesaria la remisión para IRAKULIS ARREGUI, N. “Aproximación al problema teórico de la insolvencia en las sociedades cooperativas”. Boletín de la AIDC nº 33/1999 II pp. 113 a 115) cuando afirma que: *“Así, al igual que sucede con las sociedades anónimas, que tienen carácter mercantil cualquiera que sea su objeto, las sociedades cooperativas, se dediquen o no a actos de comercio extraños a la mutualidad, en numerosos e importantes aspectos, son consideradas como sociedades mercantiles”* por lo que concluye al autora afirmando que, en caso de insolvencia la empresa cooperativa se halla sujeta a las mismas instituciones jurídicas que las restantes empresas”. La autora identifica conceptos como empresario y sociedad mercantil. En el mismo sentido puede citarse a GOMEZ CALERO, J. “Sobre la mercantilidad de las cooperativas”, RDM 137, 1975 pp. 345-346; DIVAR, J. “Las cooperativas como sociedades mercantiles” en Revista de la Economía Social, año II nº 4 p. 20-22; o PENDÁS DÍAZ, B. y otros. Manual de Derecho Cooperativo. Ed. Praxis, 1987 p. 225. En sentido contrario baste citar por todos a VICENT CHULIA, F. cuando en Comentarios a la Ley General de Cooperativas, vol. III del Tomo XX. Revista de Derecho Privado, 1994 p. 544 afirma que la norma extiende el Derecho concursal mercantil a una entidad que no es sociedad mercantil, por lo que en ausencia de dicha norma quedaría sometida a concurso de acreedores y a quita y espera, como ocurría antes de la Ley General de Cooperativas de 1974.

13. Sentencia reseñada y comentada por FAJARDO GARCIA, I.G en CIRIEC. Revista Jurídica de la Economía Social y Cooperativa nº 3 de mayo 1992 pp. 42 a 45.

–como destaca Vicent Chuliá¹⁴; porque no es competencia del legislador autonómico la decisión y por la tramitación en aquellos momentos de un Anteproyecto de Ley Concursal (27 junio 1983) que dejaría anacrónico el precepto si se aprobaba finalmente esta Ley. El legislador valenciano optó por remitirse a la legislación concursal estatal, como antes había hecho la Ley catalana de cooperativas de 1983 (art. 72.1º).

En esta sentencia el Tribunal Supremo entiende que *“la remisión de la Ley valenciana a la legislación concursal estatal sólo puede entenderse a la que ésta tiene prevista para las cooperativas, que no comprende ni la quita y espera ni el concurso de acreedores y si, sólo, la suspensión de pagos y la quiebra, tanto si se tiene en cuenta la Ley de 1974, como si se toma en consideración a efectos interpretativos la de 1987”*¹⁵

La Ley General de Cooperativas 3/1987 de 2 de abril mantuvo la ubicación de la norma en el Capítulo XI dedicado a la Disolución y liquidación de la cooperativa, y la vigente Ley 27/1999, de 16 de julio trasladó la norma a la Disposición Adicional Cuarta, según la cual: *“A las sociedades cooperativas les será aplicable la legislación sobre suspensión de pagos y quiebra”*, que ha sido derogada por la disposición derogatoria única 3. 8º de la Ley Concursal.

Otra novedad que incorpora la Ley 27/99 y que ha sido aplaudida por la doctrina es la supresión de la quiebra de la cooperativa como causa de disolución de la misma¹⁶.

14. VICENT CHULIA, F. “La reforma de la legislación cooperativa”. RJ. Cataluña, nº 1, 1984 p. 146.

15. Esta sentencia establece a continuación que puede llegarse a la conclusión a la que llega *“sin necesidad de entrar en el análisis de conceptos como los de comerciante y actos de comercio, rebasados por el derecho mercantil actual, que contempla básicamente la actividad empresarial como fin esencial del derecho mercantil, extremos tenidos en cuenta sin duda alguna por el legislador al dictar las normas reguladoras de las Cooperativas y su similitud con las de las sociedades anónimas cuando aún no se ha producido la modificación del Código de Comercio, superado por una realidad social cambiante, en la que, en el momento presente, puede calificarse a las Sociedades Cooperativas como empresarios sociales, tengan o no un fin lucrativo, alcanzándoles, ciertamente, muchas disposiciones mercantiles, que han de ser respetadas por el legislador autonómico, según mandato constitucional”*. Esta sentencia y esta argumentación suele citarse por la doctrina que defiende la calificación mercantil de la cooperativa, aunque la sentencia se limita a calificarla como “empresario social”, y a afirmar que como tal empresario, le alcanzan muchas disposiciones mercantiles. También tendríamos que añadir que muchas normas que antes se dirigían a los comerciantes se dirigen hoy en día a los empresarios (mercantiles o no). La tesis de esta sentencia ha sido confirmada recientemente por la STS de 10 noviembre de 2000 RA. 9212, por lo que ya constituye jurisprudencia. No obstante, no podemos olvidar tampoco otras sentencias de esta instancia que niegan la naturaleza mercantil de la cooperativa, como son las STS 4 noviembre 1985 RA 5661; STS 25 marzo 1991 RA. 3097 y la STS 1 febrero 1992 RA. 862.

16. Véase MORILLAS, MJ y FELIU REY, M. Curso de Cooperativas. Tecnos. Madrid. 2000 p. 544 y 545; y ALONSO ESPINOSA (Coord) Las Sociedades Cooperativas en la Ley 27/1999, de 16 de julio de Cooperativas. Ed. Comares. Granada, 2001 p. 323 y 324.

B) LA ESTRUCTURA FINANCIERA DE LA COOPERATIVA. PARTICULARIDADES

La estructura financiera de la cooperativa presenta muchas particularidades dentro del derecho de sociedades, muchas de ellas comunes al resto de entidades mutualistas, como son, la existencia de un capital social variable para hacer posible el ingreso y baja de los socios, o la existencia de un fondo de reserva obligatorio irrepartible entre los socios, al menos, durante la vida de la entidad. Otra particularidad específica de las cooperativas es la necesaria constitución de un fondo de educación y promoción cooperativa que tiene el carácter de irrepartible e inembargable. Por último, destacan algunas instituciones en el régimen financiero de las cooperativas, que aunque podrían estar presentes en otras formas empresariales, son objeto de especial atención en las legislaciones cooperativas, como son los fondos de retornos, los títulos participativos y las participaciones especiales.

No es nuestra intención desarrollar todas las particularidades que ofrece la estructura financiera de la cooperativa, sino que nos limitaremos a aquellas que tienen especial trascendencia a la hora de delimitar la masa patrimonial con la que la cooperativa debe hacer frente a sus responsabilidades económicas en caso de concurso. Nos ocuparemos por tanto, del reembolso patrimonial al socio que causa baja, del fondo de educación y promoción cooperativa, de las participaciones especiales y otros medios de financiación específicos de la cooperativa. No obstante, antes de entrar en estos aspectos debemos recordar que en caso de insolvencia de la cooperativa no siempre la responsabilidad de los socios se limita al capital aportado.

1. La responsabilidad de los socios por las deudas sociales de la cooperativa

El art. 15. 3º de la Ley 27/99 establece: *La responsabilidad del socio por las deudas sociales estará limitada a las aportaciones al capital social que hubiera suscrito, estén o no desembolsadas en su totalidad.*

Sin embargo, no siempre ha sido así, sino que por el contrario, ha sido tradicional en la legislación cooperativa española, como lo sigue siendo en la europea, el reconocer la posibilidad de que los socios estatutariamente determinen si su responsabilidad será limitada, ilimitada o suplementaria, ampliando de esta forma su margen de garantía por las deudas sociales¹⁷.

17. Ampliamente sobre el tema puede verse en DEL ARCO ALVAREZ, J. L. "Régimen económico de las cooperativas españolas" Revista de Estudios Cooperativos 1970 pp. 38-43; y FAJARDO GARCIA, I.G. La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios. Ed. Tecnos. 1997 p. 214. La justificación de este sistema de elección del tipo de responsabilidad se encuentra en el hecho de que históricamente la cooperativa, caracterizada por su función mutualista, podía constituirse adoptando cualesquiera de las formas sociales permitidas en la legislación, atribuyeran o no responsabilidad a sus socios por las deudas sociales. Sobre las posibilidades de optar por otros regímenes de responsabilidad del socio en Francia, Italia, Bélgica y Gran Bretaña, véase: VICENT CHULIA, F, en Ley General de Cooperativas,.... op. cit. p. 160 a 164. También cabe esta posibilidad en la legislación portuguesa, donde el art. 35 de la Lei 51/1996, de 7 de septiembre que aprueba el Código Cooperativo establece: "*La responsabilidad de los cooperadores es limitada al montante del capital social suscrito, sin perjuicio que los estatutos de la cooperativa puedan determinar que la responsabilidad de los cooperadores se ilimitada o limitada en relación a unos e ilimitada para los otros*"; ver texto del Código en CIRIEC. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa nº 10, octubre 1999 pp. 455 y ss.

Como decimos, esta posibilidad estuvo siempre presente en nuestra legislación, a excepción de la Ley de Cooperativas de 1942 y más recientemente, la Ley vasca 4/93 y por su influencia, la ley estatal 27/99 y otras leyes autonómicas, que no dan opción a los socios e imponen la responsabilidad limitada al capital suscrito, o mejor tendríamos que decir, la ausencia de responsabilidad de los socios. Esta restricción ha sido bien acogida por algunos autores al considerar que ésta es una materia indisponible para los socios, incluso cuando se trate de ampliar su margen de responsabilidad¹⁸.

No obstante, otras leyes autonómicas admiten que los socios puedan ofrecer una mayor garantía por las deudas sociales, de manera ilimitada o limitada pero en cuantía superior al capital social suscrito. En este sentido puede citarse la Ley valenciana 8/03, la madrileña 4/99 o la navarra 12/96. En particular la primera establece en su art. 4: 2º.- *La responsabilidad de los socios por las deudas sociales quedará limitada al importe nominal de las aportaciones al capital social. Los estatutos podrán establecer una responsabilidad adicional para el caso de insolvencia de la cooperativa. La responsabilidad de los socios por las deudas sociales será ilimitada cuando los estatutos de la cooperativa lo determinen expresamente. En este caso la responsabilidad entre los socios será mancomunada simple, salvo que los propios estatutos la declaren de carácter solidario.*

Por su parte, el Reglamento 1435/2003 de 22 de julio por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (ESCE) establece en su art. 1 apartado 2º: *“Salvo en los casos en que los estatutos de una SCE dispongan otra cosa cuando ésta se constituya, cada socio sólo responderá hasta el límite del capital que haya suscrito. Cuando los miembros de una SCE tengan una responsabilidad limitada, la denominación de dicha SCE deberá terminar con la mención “limitada”*¹⁹.

En aquellos casos en que la responsabilidad del socio exceda de las aportaciones hechas a capital, la garantía de los acreedores de la cooperativa se verá

18. Se manifiestan en este sentido ROMERO CANDAU en Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio. I. Ed. Colegios Notariales de España 2001 p. 113; y MORILLAS JARILLO, M.J y FELIU REY, M.I. en Curso de Cooperativas. 2ª ed. Tecnos 2002 p. 194 y 195. Para el primero, acentuadas las normas de protección del patrimonio cooperativo, debe darse seguridad de que la responsabilidad de la cooperativa no se extienda a los socios. Para la segunda, la responsabilidad es un elemento individualizador del tipo y por tanto está sustraído del ámbito de la autonomía privada, siendo su regulación de derecho necesario; además, entiende que la no responsabilidad es la solución lógica sobre la base del reconocimiento de la personalidad jurídica de la cooperativa y de la autonomía patrimonial. No obstante, ante la cuestión de si podría incrementarse la responsabilidad de los socios cuando la ley solo contempla la limitada, contesta que no hay problema en que los estatutos eleven el rigor de la responsabilidad.

19. Esta redacción se incorporó al final, ya que, la Propuesta de Reglamento que se hizo público en mayo de 2002 (8428/02 DRS 26 SOC 210) establecía: *“Cada socio sólo responderá hasta el límite del capital que haya suscrito. En el momento de la constitución de la SCE los estatutos podrán ampliar la responsabilidad hasta un múltiplo del capital, así como establecer la responsabilidad ilimitada de sus socios. En este último caso, el nombre de la SCE llevará las palabras “constituida como sociedad de responsabilidad ilimitada” tras las abreviatura “SCE”.*

incrementada. No obstante, la responsabilidad de los socios es subsidiaria con respecto a la de la cooperativa, ya que sólo será exigible una vez hecha exclusión del patrimonio de ésta. Los socios responden de estas deudas mancomunadamente, en la misma proporción en que participaban de las pérdidas sociales, esto es, en proporción al capital social suscrito²⁰. Esta última afirmación no es predicable en todo el Estado Español, así, según la Ley estatal de cooperativas 27/99, todas las pérdidas tanto las imputables al socio como consecuencia de su participación en la actividad económica de la cooperativa, como las pérdidas sociales propiamente dichas, son imputables al socio, y de forma necesaria cuando se han agotado las reservas; y lo son en proporción a su participación en la actividad económica y de forma ilimitada, siendo exigibles incluso una vez agotado el capital social (art. 59 LC 27/99 y art. 69 Ley vasca 4/93) contradiciendo esta posibilidad el valor cooperativo de la equidad y la posible responsabilidad limitada del socio por las deudas sociales. Por el contrario, las leyes valenciana 8/03 y madrileña 4/99 distinguen según se trate de pérdidas imputables al socio por generarse a su cargo al participar en la actividad económica, o pérdidas sociales. De las primeras responde el socio en proporción a su participación en dicha actividad durante el ejercicio en que se generaron, mientras que de las segundas no responde más allá del capital suscrito y en proporción a esta cuantía si su responsabilidad por las deudas sociales era limitada²¹ (art.61 Ley 4/99 y art. 69 Ley 8/03).

2. El capital variable y el reembolso al socio que causa baja de la cooperativa

En la regulación de las sociedades mercantiles capitalistas encontramos diversas medidas con las que el legislador pretende salvaguardar la existencia de un patrimonio con el que la sociedad deberá hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones.

Entre esas medidas podemos citar:

a) La exigencia de un patrimonio neto que alcance como mínimo la cifra del capital social suscrito. Para ello se impone la realidad de las aportaciones de los socios y su desembolso (art. 36 a 47 LSA); la adecuación de la cifra de capital a la realidad patrimonial del momento (art. 163. 1º y 213. *in fine* LSA); y finalmente, la disolución de la sociedad cuando no puede garantizarse un patrimonio mínimo (art. 260. 4º LSA).

20. Más ampliamente sobre este tema puede verse en FAJARDO GARCIA, I. G. La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios, op. cit. pp. 213 a 224; y VICENT CHULIA, F. Ley General de Cooperativas Vol. 3º. Edersa 1994 p. 160 y ss.

21. Sobre la delimitación entre pérdidas del socio y pérdidas sociales o de la cooperativa y su relación con la responsabilidad limitada por las deudas sociales, puede verse: BORJABAD GONZALO, P en "Las responsabilidades del tercero, del socio colaborador y del socio usuario por las pérdidas de la cooperativa en la legislación catalana". Anuario 2000 Fundación Ciudad de Lleida, p. 15 ss. y FAJARDO GARCIA, IG. en La gestión de la cooperativas ... op. cit. p. 241; y más recientemente en: "La imputación de pérdidas en la cooperativa" en La participación de los socios trabajadores en los resultados de la cooperativa. Coord AIZEGA ZUBILLAGA, J.M. Empresa Zuzenbide eta Antolakuntzarako Institutu Fundazioa. Oñati 2003 pp. 187-233.

b) La necesidad de conformar una reserva mínima obligatoria que cumpla –como el capital- una función de garantía patrimonial (art. 214 y 168. 1º LSA).

c) Se limitan las posibilidades de restituir el patrimonio a los socios antes de la liquidación de la sociedad, dificultando la separación del socio y reembolso de su cuota social o limitando la distribución patrimonial vía reparto de dividendos (art. 213. 2º LSA). Por último, en caso de procederse a la restitución parcial del patrimonio social se ofrece a los acreedores la posibilidad de oponerse si sus créditos no están suficientemente garantizados (art. 166 a 168 LSA).

La estructura financiera de la cooperativa y su regulación difieren notablemente de los caracteres anteriormente señalados.

a) Se exige un patrimonio mínimo que no se cifra en relación con la cifra de capital real o contable, que es variable, sino en relación con el capital social estatutario, que es fijo, de conocimiento público, y que sólo puede modificarse por acuerdo social y ofreciendo a los acreedores el derecho de oposición²². Por lo demás, se exige la realidad del patrimonio y es causa de disolución su disminución en relación con el capital estatutario (arts. 45 apartados 2º, 4º, 7º y 8º; y art. 70. 1º d, de la LC 27/99).

b) Se debe conformar una reserva obligatoria con una parte de los resultados positivos del ejercicio, muy superior a la exigida en el caso de las sociedades anónimas, y de aplicación indefinida (art. 58, 1º y 2º LC 27/99) o al menos hasta alcanzar un porcentaje equivalente a la cifra del capital social suscrito (art. 68. 2º Ley valenciana 8/03 y art. 65 Reglamento ESCE).

c) Por último, los socios pueden recuperar fácilmente su contribución patrimonial al causar baja en la cooperativa. Esta atribución, consecuencia del principio de

22. En opinión de LLOBREGAT HURTADO, M.L.: “sólo en el caso de establecerse legalmente una cifra de capital mínimo, se puede predicar que el capital cumple la función de cifra de retención en garantía de los acreedores. Esta afirmación se justifica, en primer lugar, porque si la cifra de capital mínimo se fija estatutariamente, puede ser modificada por acuerdo de la Asamblea General. En segundo lugar y, en relación con los socios, porque no se les puede obligar a realizar aportaciones obligatorias si no son aprobadas previamente por la Asamblea General” y más tarde: “desde el punto de vista financiero, la exigencia de una cifra concreta legalmente establecida de capital mínimo le otorga la función de cifra de retención en garantía de terceros” en “Régimen económico de las sociedades cooperativas en el marco de la nueva Ley General de Cooperativas de 16 de julio de 1999 (BOE de 17 de julio)” en Rev. de Sociedades nº 13 (1999) pp. 198 y 201). No comparto esta opinión por varias razones: No es suficiente que la ley exija un capital mínimo para concluir que esta cifra representa una garantía para los acreedores. Es necesario prever otros mecanismos para garantizar un patrimonio neto equivalente y evitar su restitución, a menos que conste el consentimiento tácito o expreso de los acreedores; y por otra parte, la cifra de capital que figure estatutariamente puede, ciertamente, modificarse por acuerdo de la asamblea general, pero para ello –como exigía la Ley valenciana 11/85 (art. 63. 3)- ese acuerdo de reducción del capital debe publicarse en el Diario Oficial y en un diario de gran difusión, y los acreedores pueden oponerse a la ejecución del acuerdo si sus créditos no son pagados o suficientemente garantizados. Garantías que se mantuvieron tras la reforma por la Ley 3/95 de 2 de marzo (art. 63. bis) y perduran hoy en la actual Ley 8/03 (art. 74).

puertas abiertas, afecta a la integridad patrimonial de la cooperativa²³ y podría atentar contra los intereses de los acreedores.

No obstante, el legislador establece medidas para garantizar la baja del socio y los derechos de los acreedores. Entre esas medidas merece destacarse:

a) El socio no tiene derecho a la restitución sin más de su aportación a capital, sino a la liquidación de la misma, por lo que debe incrementarse con el importe de su actualización o de los intereses generados, y deducirse conforme a las pérdidas imputadas e imputables en el momento de causar baja (arts. 51. 1º y 2º y art. 45. 7º de LC 27/99; y art. 61, 1º y 2º Ley valenciana 8/03).

No pueden reembolsarse a los socios sus aportaciones a capital u otras partidas del patrimonio social si la cooperativa se encuentra en una situación de desbalance que no le permite hacer frente a sus acreedores. No compartimos por tanto la opinión de Celaya²⁴ cuando afirma que el capital social de la cooperativa no representa una garantía frente a terceros; ni de García-Gutierrez²⁵ al considerar que el capital social *"no es de la Sociedad Cooperativa, sino de los socios. Es un préstamo especial de los socios a la Sociedad Cooperativa, cuya duración está vinculada a la permanencia de cada uno de éstos al proceso productivo; esto es a su condición de socio"*.

El capital social forma parte del patrimonio de la cooperativa y con él responde del cumplimiento de sus obligaciones frente a terceros.

b) Además de la anterior medida, establece el legislador que el socio que cause baja de la cooperativa responderá personalmente por las deudas sociales, previa excusión 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 límite del importe reembolsado, sea de capital o sea de capital y reservas voluntarias (art. 15. 4º LC 27/99 y art. 24.1º Ley valenciana 8/03).

23. Aunque el importe a reembolsar en caso de baja del socio de la cooperativa es inferior al que correspondería al socio de una SL o SA, puesto que el primero solo tiene derecho al reembolso de su aportación a capital, actualizada en su caso, y como mucho a parte de las reservas voluntarias que hayan podido constituirse con carácter repartible.

24. CELAYA ULIBARRI, A. Capital y sociedad cooperativa. Madrid. Tecnos, 1992 pp. 27-29. Para este autor *"la inclusión de la partida "capital social" en el balance de las sociedades cooperativas no garantiza plenamente el derecho de los acreedores "a impedir que (el capital social) se reparta.. entre los socios... en concepto de devolución de las aportaciones"*. Esto puede pasar en aquellos casos en que el legislador no ha sabido adoptar las medidas oportunas para garantizar los derechos de los acreedores, pero no puede señalarse como una consecuencia de la naturaleza cooperativa de la empresa, ni de la variabilidad de su capital social.

25. GARCIA-GUTIERREZ FERNANDEZ, C. en "Economía Financiera de las Sociedades Cooperativas (y de las organizaciones de participación)" en Sociedades Cooperativas: Régimen Jurídico y gestión económica. Coordinado por PRIETO JUAREZ, J.A. Ibidem ediciones, 1999 p. 260. En el mismo sentido se manifiesta BEL DURAN, P. Y FERNANDEZ GUADAÑO, J. en "La financiación propia y ajena de las sociedades cooperativas" en CIRIEC. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa nº 42. Noviembre 2002 pp. 101 a 130.

En el caso de que no se hubiere hecho la anterior liquidación correctamente o surgieran posteriormente deudas contraídas durante la presencia del socio en la cooperativa, los acreedores podrían, ejerciendo la acción subrogatoria, recobrar para satisfacer sus créditos, las cantidades reembolsadas indebidamente a los socios.

Para Adrián Celaya²⁶, el principio de puertas abiertas y el consiguiente reembolso al socio de su capital social en caso de baja, constituye un grave problema para las cooperativas porque: *“implican la inestabilidad de la garantía de terceros y una permanente descapitalización de la empresa”*. El autor señala algunas medidas legales que limitan el reembolso en caso de baja y que giran en torno a una reducción del importe a reembolsar (por imputación de pérdidas, amortizaciones o deducciones) y al aplazamiento de su reembolso (o a la necesidad de preaviso). Pero considera que estas medidas no son suficientes, y puesto que reconoce que el reembolso del capital en caso de baja es una exigencia generalmente aceptada por la legislación española y extranjera²⁷ y por la doctrina, propone que el legislador permita y potencie cooperativas de capital fijo mediante una regulación que establezca: un sistema rígido de reducción del capital en garantía de acreedores y del propio desarrollo de la cooperativa; el no reconocimiento del derecho al reembolso, salvo en supuestos excepcionales; por último, propone que el perjuicio que pudiera generar esta medida a los titulares de aportaciones podrían compensarse revisando el régimen retributivo de estas o su transmisibilidad a terceros.

26. CELAYA ULIBARRI, A. Capital y sociedad cooperativa. Tecnos. 1992 pp. 68-80.

27. Apunta Celaya alguna excepción al reconocimiento general del derecho al reembolso: *“Entre los sistemas jurídicos que, con un criterio notablemente más moderno que el sistema español, no establecen el derecho al reembolso con carácter imperativo pueden citarse el ordenamiento británico, el suizo y el soviético”*. Esta afirmación merece ser comentada. En primer lugar no son ordenamientos que se caractericen por su modernidad, ni el británico (1893) ni el suizo (1881), y en cuanto al soviético de fecha más reciente (1988) es moderno exclusivamente con respecto a la situación existente previamente en ese país. En segundo lugar, ningún país establece el reembolso con carácter imperativo, porque ello depende de que hayan fondos disponibles que reembolsar, también puede ser que el socio ya haya recuperado su inversión antes de causar baja, o que, se haya compensado su aportación con pérdidas habidas. No existe por tanto en ningún país un derecho imperativo al reembolso. En tercer lugar, al menos por lo que hace al Reino Unido, la legislación aplicable a las cooperativas reconoce el derecho al reintegro de su haber social a favor del socio que cause baja, como pone de manifiesto MONTOLIO (en *Legislación Cooperativa en la Unión Europea*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2ª ed. 2000 p. 513). Tema distinto es que algunas cooperativas de trabajo asociado han adoptado en los últimos años el modelo de estatutos sociales que prevé la *Industrial Common Ownship Act* (1976), y que se caracteriza por promover la propiedad colectiva, lo que implica la ausencia de cualquier derecho de propiedad con respecto a la participación de los socios trabajadores en la cooperativa. Se obtiene una participación social mientras se es socio y se renuncia a ella cuando se abandona la cooperativa. Los fondos de la cooperativa nunca pueden ser distribuidos entre los socios ni aún en el caso de liquidación (SNAITH, I. “Ley de Cooperativas en el Reino Unido” CIRIEC. Revista de Economía Social nº 7. 1989 p. 81). No obstante, como destaca DABORMIDA, esta no es una verdadera ley de cooperativas sino una norma para facilitar el acceso de ciertas entidades –como las cooperativas de trabajadores- al crédito estatal como remedio a las crisis industriales y a la desocupación (en *Le legislazioni cooperative nei paesi della Comunità Europea*”. R. Dir. Comm. 1989 pp. 487-488).

Mientras el legislador afronte estas reformas, propone el autor, que las cooperativas canalicen la acumulación de capital hacia instrumentos jurídico-financieros no societarios que con el carácter de “subordinado” sustituyan la amortización por reembolso en caso de baja del socio por el reembolso en caso de liquidación de la entidad, homologando así el capital de las cooperativas a su homónimo de las sociedades de capital y haciendo posible la acumulación y la configuración de sociedades cooperativas de capital fijo.

El instrumento financiero que propone Celaya son “las participaciones especiales” o “deuda perpetua subordinada”, de las que luego hablaremos, que se incorporaron por vez primera en la Ley vasca 4/93 (art. 64), más tarde en la Ley navarra 12/96 (art. 46) y finalmente en la Ley estatal 27/99 (art. 53). En cambio, el legislador al incorporar estas novedades no se preocupó por mejorar la regulación del capital social incorporando las medidas que este autor proponía y que otras leyes autonómicas ya contemplaban, como la regulación de la reducción del capital social, o la responsabilidad del socio por el reembolso recibido si no se han satisfecho las deudas pendientes en el momento de su baja. No sólo no mejoró la regulación sino que minoró todavía más las garantías anteriormente ofrecidas. En este sentido, ante el silencio de la Ley vasca 1/82, la nueva Ley 4/93 incorporó un precepto por el cual: *“Una vez fijado el importe de las aportaciones a reembolsar, los socios que causen baja, no tendrán responsabilidad alguna por las deudas que hubiese contraído la cooperativa con anterioridad a su baja”* (art. 56. 2). Por su parte, la LGC 3/87 que sí establecía un límite en el art. 72. 1: *“en todo caso, el socio que cause baja en la Cooperativa responderá personalmente por las deudas sociales, previa excusión 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”*; lo suprimió la actual Ley 27/99, así como toda alusión a la responsabilidad de la cooperativa por sus deudas. No es de extrañar por tanto, que con una regulación tan deficiente del capital social y de la responsabilidad de la cooperativa por parte de la legislación vasca y estatal, muchas empresas de CCM (Corporación Cooperativa Mondragón) opten por financiarse con participaciones especiales, en detrimento del capital.

3. La inembargabilidad del fondo de educación y promoción cooperativa

El fondo de educación y promoción (o de formación y promoción como lo denominan otras leyes) constituye una parte del patrimonio de la cooperativa, que se va formando con parte de los resultados del ejercicio, sanciones impuestas por la cooperativa a sus socios, subvenciones y donaciones recibidas y otras partidas, con el fin de contribuir a la formación de socios y trabajadores en los principios y valores cooperativos, a promocionar las relaciones intercooperativas, a difundir el cooperativismo y a la promoción cultural y social del entorno local o de la comunidad en general (art. 56 LC 27/99).

Este fondo se destina por tanto al cumplimiento de una de las exigencias de toda cooperativa, reflejada en el Quinto Principio Cooperativo y que según la formulación

dada por la Alianza Cooperativa Internacional en su XXXI Congreso celebrado en Manchester en 1995 reza: *“Las cooperativas proporcionan educación y formación a los socios, a los representantes elegidos, a los directivos y a los empleados para que puedan contribuir de forma eficaz al desarrollo de sus cooperativas, especialmente a los jóvenes y a los líderes de opinión, de la naturaleza y beneficios de la cooperativa”*.

Según la LC 27/99 este fondo puede destinarse a:

a) La formación y educación de sus socios y trabajadores en los principios y valores cooperativos, o en materias específicas de su actividad societaria o laboral y demás actividades cooperativas.

b) La difusión del cooperativismo, así como la promoción de relaciones intercooperativas.

c) La promoción cultural, profesional y asistencial del entorno local o de la comunidad en general, así como la mejora de la calidad de vida y del desarrollo comunitario y las acciones de protección medioambiental (art. 56. 1).

La principal peculiaridad que presenta este fondo a los efectos de nuestro estudio es su carácter inembargable, con lo que se pretende asegurar el cumplimiento de su destino. Dice en particular el art. 56. 5º y 6º de la LC 27/99 que el fondo de educación y promoción es inembargable e irreplicable entre los socios, incluso en el caso de liquidación de la cooperativa, y sus dotaciones deberán figurar en el pasivo del balance con separación de otras partidas. El importe del fondo que no se haya aplicado o comprometido, deberá materializarse dentro del ejercicio económico siguiente a aquel en que se haya efectuado la dotación, en cuentas de ahorro, en títulos de la Deuda Pública o títulos de Deuda Pública emitidos por las Comunidades Autónomas, cuyos rendimientos financieros se aplicarán al mismo fin. Dichos depósitos o títulos no podrán ser pignorados ni afectados a préstamos.

En el caso de que este fondo o parte de él se haya aplicado a bienes de inmovilizado deberá hacerse público su carácter inembargable en el Registro de la Propiedad o en aquél en el que el bien se hallare inscrito (art. 72. 5º Ley valenciana 8/03 y art. 64. 4º Ley madrileña 4/99).

Las anteriores medidas legales que pretenden asegurar el destino que debe darse a este fondo pueden completarse con la creación de un órgano de gestión específico de dicho fondo, como sugiere Borjabad²⁸, lo que evitaría la tentación al Consejo rector de utilizar el numerario para fines distintos.

El fondo de educación y promoción cooperativa es inembargable excepto por deudas contraídas en el cumplimiento de sus fines; se presenta por tanto como un patrimonio separado, de afectación –como lo denomina Vicent Chuliá²⁹- patrimonio

28. BORJABAD, P. Manual de Derecho Cooperativo. Bosch editor. 1993 p. 125.

29. VICENT CHULIA, F. en “El régimen económico de la cooperativa en la nueva Ley de 19 de diciembre de 1974”, Estudios Cooperativos, 75-76 p. 180.

fundacional³⁰ o institucional, cuya constitución, fines y disponibilidad se sustraen a la autonomía de la voluntad de los socios.

Castán, comparte la definición de patrimonio separado que ofrece Enneccerus, como conjunto patrimonial que, en interés de un determinado fin y especialmente con referencia a la responsabilidad por deudas, son tratados en ciertos aspectos como un todo distinto del resto del patrimonio; y destaca como notas que le caracterizan: La independencia del núcleo patrimonial de que se trate y el origen legal de esa autonomía patrimonial³¹.

Estas notas concurren sin duda en el Fondo que analizamos. La inembargabilidad de este fondo para el pago de las deudas de la cooperativa, permite poder afirmar –como hace la ley valenciana 8/03 en su art. 4- que: *“La cooperativa responderá de sus deudas con todo su patrimonio presente y futuro, excepto el correspondiente al fondo de formación y promoción cooperativa, que sólo responderá de las obligaciones estipuladas para el cumplimiento de sus fines”*³².

4. Las participaciones especiales y otras financiaciones de la cooperativa

La legislación cooperativa incorpora otros instrumentos de financiación de las cooperativas además del capital y las reservas. El art. 53 LC 27/99 regula las participaciones especiales y el art. 54 “Otras financiaciones”.

Las participaciones especiales se definen por la ley como recursos financieros de socios o terceros, subordinados, transmisibles y con un plazo de vencimiento mínimo de cinco años, cuya emisión en serie y condiciones de la misma debe ser acordada por la Asamblea General, respetando la normativa reguladora del mercado de valores.

La ley distingue dos tipos de participaciones especiales:

- a) Participaciones cuyo vencimiento es por un plazo determinado.
- b) Participaciones cuyo vencimiento no tiene lugar hasta la aprobación de la liquidación de la cooperativa.

Las participaciones especiales tienen en principio la consideración de préstamo para la cooperativa, matizado por la nota de subordinación, lo que implica que su titular se colocará a efectos de prelación de créditos por detrás del resto de acreedores comunes.

30. En opinión de BORJABAD, “Es como si dentro de la cooperativa hubiera una Fundación con objeto educacional” (en Manual ... op. cit. p. 142.)

31. CASTAN TOBEÑAS, J. en Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo I. Vol. segundo. Reus, SA. Madrid, 1978 p. 639.

32. Un análisis más detallado del fondo, su origen, destino y relevancia jurídica en orden a la responsabilidad de la cooperativa, puede verse en FAJARDO GARCIA, en La gestión económica... op. cit. p.200 a 205.

Esa nota de subordinación los asimila a los recursos propios³³, la Ley navarra incluso los califica expresamente de recursos propios (art. 46 Ley 12/96); pero para Fernández del Pozo la cláusula de subordinación no desnaturaliza el contrato que no pierde por ello su naturaleza de préstamo, ni la calificación de su titular como acreedor³⁴.

Otra calificación pueden merecer las participaciones especiales cuyo vencimiento no tiene lugar hasta la aprobación de la liquidación de la cooperativa. El art. 53. 1 LC 27/99 establece al respecto que: *“Cuando el vencimiento de estas participaciones no tenga lugar hasta la aprobación de la liquidación de la cooperativa, tendrán la consideración de capital social. No obstante, dichos recursos podrán ser reembolsables, a criterio de la sociedad, siguiendo el procedimiento establecido para la reducción de capital por restitución de aportaciones en la legislación para las sociedades de responsabilidad limitada”*.

En este supuesto, para M^ª Carmen Pastor, se presenta una “subordinación especial o distinta”, porque el titular de la participación no cobra antes que los socios sino en el mismo plano, y no por la vía del pago, sino por la de la liquidación del patrimonio, por lo que asume el mismo riesgo que cualquier otro socio³⁵.

Esta autora, aplicando a las participaciones especiales la reflexión que hace Fernández del Pozo³⁶ sobre otros instrumentos de financiación extranjeros (*bons de participation*) llega a la conclusión de que esas participaciones especiales son

33. Según el RDL 7/1996 de 7 de junio sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, modificado por la DA Segunda de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre: Se considerarán préstamos participativos aquéllos que tengan las siguientes características: a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad prestataria. b) El prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos. c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de crédito se situarán después de los acreedores comunes. d) Los préstamos participativos se considerarán patrimonio contable (antes: fondos propios) a los efectos de reducción del capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil.

34. FERNANDEZ DEL POZO, El fortalecimiento de los recursos propios, Madrid, 1992 p. 304. Esta primera advertencia sirve- dice este autor- frente a posibles malinterpretaciones maximalistas que pretendieron en ocasiones encuadrar la naturaleza de los préstamos de este tipo dentro de la atipicidad de valores constituyendo un “tertium genus” entre los recursos propios y la deuda. Tampoco puede llevarse tan lejos la asimilación a los recursos propios como para pretender que la cláusula de subordinación produce los efectos mágicos de trastocar la deuda en algo distinto: la deuda subordinada es, al fin, deuda; las aportaciones no integran el capital y deben restituirse con los rigurosos requisitos que la legislación establece para reducir el capital; ni están privados los tenedores o acreedores subordinados de los derechos de agresión patrimonial o de defensa de sus crédito que corresponden a todo acreedor en situaciones concursales o extra-concursales.

35. PASTOR SEMPERE, Los recursos propios en las sociedades cooperativas. EDERSA Cuadernos Mercantiles, 2002 p. 39

36. FERNANDEZ DEL POZO, Las Reservas atípicas. Las reservas de capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, Madrid, 1999, p. 202-203.

algo más que préstamos subordinados, se asimilan plenamente a los recursos propios, al capital social y pueden aplicarse para sanear pérdidas y serán tratadas por los liquidadores en las mismas condiciones que el capital social. En su opinión “se ha procedido en el campo del derecho cooperativo a un paso definitivo, en cuanto a recursos propios se refiere. Se ha introducido una nueva partida en el neto patrimonial “las participaciones especiales”, que podrán ser utilizadas por cualquier clase de cooperativa. Pero además se ha procedido a un paso más, desde la consideración del capital social como formal a un concepto de capital social en sentido económico o real. Por ello el considerar este tipo de financiación como capital fijo, o variable según los casos no tiene las implicaciones jurídicas que en el resto de sociedades tendría. Con ello queremos destacar que el suscriptor de estas financiaciones, por el hecho de “formar parte del capital social” no adquiere la condición de socio”³⁷.

Creo que la autora no llega a pronunciarse claramente sobre si en su opinión debe considerarse estas participaciones especiales como recurso propio o no, ni sobre las consecuencias que tiene su calificación como capital por el legislador. ¿Servirán para evitar la reducción del capital por pérdidas o la disolución de la cooperativa por reducción de su patrimonio?; ¿en caso de concurso, sus titulares se integrarían en la masa pasiva como acreedores subordinados o no?. Para la autora en caso de concurso el titular de participaciones especiales cobra en el mismo plano que los socios, por la vía de la liquidación societaria, ¿cómo puede entonces conservar la naturaleza de acreedor?.

Adrián Celaya, que viene reivindicando este instrumento financiero para las cooperativas desde hace largo tiempo, las contempla como la financiación que puede hacer posible la existencia de un capital fijo en las cooperativas, con el carácter de “no exigible.” sin que ello suponga una renuncia total a su recuperación, sino, en paralelo a las acciones y participaciones de las sociedades de capitales, “De esta forma, cabría una sustitución más fácil de las actuales aportaciones cooperativas (a capital) por operaciones de préstamo”³⁸. Para Gadea, la naturaleza de las participaciones especiales es compleja cuando no forman parte del capital social³⁹, de lo que deducimos que no se cuestiona su naturaleza como tal a la vista del tenor literal de la Ley vasca que comenta, cuyo art. 57. 5ª tras su modificación por Ley 1/2000 establece: “Independientemente de su denominación o formalización jurídica, tendrá la consideración de capital cualquier aportación financiera subordinada contratada por la cooperativa con socios o terceros cuyo vencimiento no tenga lugar hasta la aprobación de la liquidación de la misma”. La finalidad del legislador tanto

37. PASTOR SEMPERE, Los recursos propios .. op. cit. pp. 376-378; y “El régimen económico: principales aspectos” en *La Sociedad Cooperativa en la Ley 27/1999, de 16 julio*. Coord. por ALONSO ESPINOSA, F. J. Ed. Comares. Granada, 2001 p. 127.

38. CELAYA, A. *Acceso de las cooperativas al mercado de capitales*. INFES. 1995 P. 164- 166.

39. GADEA, E. “La Financiación de las Sociedades Cooperativas: un estudio desde la perspectiva de la Ley de cooperativas del País Vasco”, en *La Financiación de las cooperativas*. Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo. Universidad de Deusto, 2003 p. 49.

en la ley vasca, como navarra o estatal está en mi opinión clara, se trata de sustituir el capital variable de la cooperativa por uno fijo a todos los efectos, que se integraría por las participaciones especiales, le sería de aplicación el régimen propio del capital excepto los artículos relativos a retribución, actualización, transmisión y reembolso; y por último, sus titulares tendrían la consideración de socios, pero sin derechos de voto ni de participación en los órganos de administración⁴⁰.

El art. 54 LC 27/99 en su párrafo 1º reconoce la posibilidad para las cooperativas de emitir obligaciones; así como la admisión de financiación voluntaria de los socios o de terceros no socios bajo cualquier modalidad jurídica y con los plazos y condiciones que se establezcan. Una de esas modalidades de financiación muy característica de las cooperativas es la constitución de un fondo con los retornos que se han acordado repartir entre los socios, pero cuya distribución se acuerda aplazar por un periodo de tiempo. La anterior Ley 3/87 contemplaba esta posibilidad expresamente en el art. 85 como un destino posible de los retornos: Que se incorporen a un Fondo, regulado por la Asamblea General, de acuerdo con las siguientes normas: a) El importe del retorno cooperativo acreditado a cada socio e incorporado a este Fondo, deberá ser devuelto al socio, en todo caso, en un plazo no superior a cinco años. b) En todo momento y aunque no se haya cumplido el plazo para su devolución al socio, éste podrá destinar las cantidades de que sea titular en dicho Fondo, a satisfacer las pérdidas que le sean imputadas. c) Las cantidades incorporadas a este fondo devengarán el tipo de interés que fije al Asamblea General, que no podrá exceder del básico del Banco de España incrementado en tres puntos.

La supresión en la actual Ley 27/99 de una mención expresa a este fondo no significa su desaparición, pues su existencia es posible dadas las amplias posibilidades que ofrece el art. 54.1º de la Ley. Además, sigue siendo una figura expresamente recogida en otras leyes de cooperativas vigentes en nuestro Estado.

El art. 54 en su párrafo 2º regula la financiación por medio de títulos participativos. Estos títulos dan derecho a una remuneración que estará en función de la evolución de la actividad de la cooperativa, pudiendo además incorporar un interés fijo.

Los títulos participativos tienen la consideración de contrato mixto de préstamo con pacto de parcería⁴¹. Se caracterizan como vemos por la forma de retribuir el préstamo, ligada a los resultados de la actividad, y se diferencian de los préstamos participativos tal y como vienen regulados en el RD-Ley 7/1996, por la ausencia de subordinación y de consideración como recurso propio.

Lo más característico de estos títulos es que podrán tener la consideración de valores mobiliarios, lo que ofrecerá un gran atractivo para su suscriptor: la liquidez⁴²

40. MERINO HERNANDEZ, S. "Análisis de la reforma de la Ley 4/1993, de 24 de junio de cooperativas de Euskadi (Ley 1/2000, de 29 de junio), en CIRIEC. Revista Jurídica nº 11 de 2000 pp. 15-16.

41. GARCIA VILLAVERDE, "Créditos participativos" en AAVV, *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil*. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells, Madrid, 1994 pp. 1081 y ss.

42. PASTOR SEMPERE, C. Los recursos propios ... op. cit. p.299.

C) ASPECTOS DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LA COOPERATIVA

El desarrollo de la actividad económica de la cooperativa nos depara también ciertas peculiaridades que pueden incidir en la determinación de la masa activa y pasiva en caso de concurso de la cooperativa.

Estas peculiaridades derivan, por una parte, de la actividad desarrollada por la cooperativa, que es una actividad de gestión de intereses ajenos, que puede identificarse como la propia de un mandatario sin representación, por tanto, gestiona la compra y venta de bienes y servicios por cuenta de sus socios, recayendo directamente sobre estos la titularidad de dichos bienes, como veremos en las páginas siguientes.

Otra característica destacable de la gestión cooperativa es la posibilidad legal de estructurar su patrimonio y su actividad económica en secciones diversas, que se conforman como patrimonios separados, lo que también va a repercutir en un especial régimen de responsabilidad de las mismas, frente al principio general de responsabilidad universal del art. 1911 C. c.

1.- La gestión económica de la cooperativa y la titularidad de los bienes gestionados

La cooperativa se define en el art. 1 LC 27/99 como sociedad constituida por personas que se asocian para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales. Añadiendo a continuación que cualquier actividad económica lícita podrá ser organizada y desarrollada mediante una sociedad constituida al amparo de la presente ley.

Esta actividad económica que desarrollan los socios a través de la cooperativa puede consistir tanto en la producción o comercialización como en el uso o consumo, de bienes o servicios.

Sea cual sea la actividad a desarrollar, los socios deben participar en la misma, bien en condición de proveedores o de consumidores, y en tal sentido tienen que hacer aportaciones a la actividad económica que consistirán en bienes, servicios o fondos. El conjunto de estos factores aportados por los socios a la actividad cooperativizada se denomina por la doctrina "masa de gestión económica".

La cuestión que planteamos en este punto es el de la titularidad de esa masa de gestión, de esos bienes y fondos. El problema planteado es de enorme interés pues según se entienda que la prestación la hace el socio a título de propiedad o no, las consecuencias serán diversas.

En primer lugar, quien tiene la propiedad del bien asume las consecuencias económicas de la actividad cooperativizada y por tanto, los resultados positivos (excedentes) o los negativos (pérdidas) recaen sobre el titular del bien comercializado.

En segundo lugar, el propietario asumirá también los riesgos derivados de la pérdida o deterioro del bien.

También interesa conocer quien es el titular de los bienes que emplea la cooperativa en su actividad económica porque quedarán afectos a las responsabilidades

de su titular, sea el socio o la cooperativa, cuestión de indudable transcendencia para los acreedores de ambos.

En la legislación cooperativa española encontramos varias disposiciones que directa o indirectamente regulan esta cuestión. Estas normas hacen referencia a la titularidad de los bienes y fondos aportados por los socios para la gestión cooperativa; a los servicios prestados por los socios a la cooperativa; a la calificación de los bienes entregados por la cooperativa a sus socios como consecuencia de su gestión, y finalmente, las normas que regulan tanto en la legislación cooperativa sustantiva como en la fiscal, la determinación y aplicación de los resultados obtenidos de la gestión cooperativa.

1.1. Titularidad de los bienes y fondos que el socio entrega a la cooperativa

La legislación española ha acusado una transformación en la regulación de este tema a lo largo del tiempo sin justificación alguna, lo cual genera en la actualidad gran inseguridad jurídica.

En un primer momento se afirmaba que esos bienes o fondos son propiedad del socio y lo que hace la cooperativa es gestionar su inversión o comercialización por cuenta de éste, siendo por tanto embargables por los acreedores personales de los socios, dejando a salvo los derechos que pudiera corresponder a la cooperativa⁴³.

43. El Reglamento de Cooperativas aprobado por Decreto de 11 de noviembre de 1943, en su art. 12 establecía: *“Las imposiciones de fondos, las entregas de productos o materias primas para la gestión cooperativa y, en general, las aportaciones para la obtención de servicios sociales, constituyen siempre una propiedad del socio y es una forma de utilización por éste de dichos servicios, sujetos, sin embargo, a las condiciones fijadas o contratadas con la Sociedad; pueden transmitirse y son embargables por los acreedores personales de los asociados, dejando a salvo los derechos de indemnización y reintegro que pudieran corresponder a la Cooperativa”*.

Más tarde, en la Asamblea Nacional de Cooperativas celebrada en Madrid en noviembre de 1961, se acordó proponer a la consideración del legislador un régimen jurídico para la cooperativa, y entre las bases se señalaba que, las cooperativas del campo asocian agricultores o ganaderos para la compra y fabricación de los elementos que interesen a sus explotaciones y en general, para realizar por cuenta de sus asociados todas las operaciones que entran normalmente en la producción agrícola, forestal o ganadera (Base VIII. Capítulo II); que las cooperativas pesqueras crean instituciones de venta en común (Base X. Capítulo III); o que las cooperativas de servicios y suministros asocian a industriales, comerciantes y profesionales para realizar conjuntamente actividades como adquirir materias, instrumentos y toda clase de medios de producción (Base XVI. Capítulo VIII).

El Reglamento aprobado por Decreto 2396/71 de 13 de agosto, muy similar al anterior de 1943 establecía en su art. 16 que: *“Las entregas de fondos, productos o materias primas para la gestión cooperativa, y en general, las aportaciones para la obtención de servicios sociales, constituyen siempre una propiedad del socio y es una forma de utilización por éste de dichos servicios, sujetos, sin embargo, a las condiciones fijadas o contratadas con la Sociedad; pueden transmitirse y son embargables por los acreedores personales de los asociados, dejando a salvo los derechos que pudieran corresponder a la Cooperativa”*.

El Reglamento aprobado por RD 2710/78 de 16 de noviembre, ya no alude claramente a que la propiedad es del socio pero se deduce al poder transmitir estos bienes o ser embargables por sus acreedores personales. Dice en concreto el art. 38: *“Las entregas de fondos, productos o materias primas para la gestión cooperativa y, en general, los pagos para la obtención de los servicios cooperativizados no integran el capital social, son una forma de utilización por el socio de dichos servicios y están sujetos a las condiciones fijadas o contratadas con la Sociedad; pueden transmitirse y son embargables por los acreedores personales de los socios, dejando a salvo los preferentes derechos que pudieran corresponder a la Cooperativa”*.

Más tarde, desde la Ley 3/87 se mantiene que esos bienes entregados por los socios no integran el capital social, lo cual es obvio, y su régimen se deja a lo que se haya pactado con la cooperativa, sin exigir que se haga público ese pacto, o que se formalice de alguna manera (art. 52. 3 LC 27/99). Por otra parte, la DA Tercera de la LC 27/99 señala que los acreedores personales de los socios no tienen derecho alguno sobre los bienes de las cooperativas ni sobre las aportaciones de los socios al capital, sin hacer ninguna referencia expresa a las aportaciones de bienes y fondos que hacen a la gestión cooperativa, como sí hacía la legislación anterior. Esta regulación genera, como dijimos, gran inseguridad, porque no sabemos que régimen se aplicará a falta de pacto, si rigen las mismas condiciones para todos los socios y en todo momento. En cualquier caso son decisiones que afectaran a terceros y que no pueden dejarse a la voluntad de los socios y la cooperativa, y encima no exigirse publicidad de esa decisión si se pretende alegar frente a terceros.

Mucho más acertada ha sido la decisión adoptada en algunas Comunidades Autónomas como la Vasca (art. 65.3), la Valenciana (art. 64. 3) o la Madrileña (art. 57.2), al declarar indubitadamente que esos bienes y fondos son propiedad del socio salvo que estatutariamente se establezca lo contrario, y por tanto, embargables por sus acreedores, dejando a salvo los preferentes derechos que pudieran corresponder a la cooperativa.

La Jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el tema defiende que la cooperativa gestiona bienes propiedad de sus socios. En este sentido se manifestó claramente la sentencia de 25 de noviembre de 1986 (R.A. 6613) al afirmar que en la cooperativa agraria son los propietarios y labradores quienes venden sus productos, aunque lo hagan a través de la cooperativa; y más adelante señalaba: la adecuada o no comercialización que la cooperativa realiza repercute en beneficio del socio, y no en el de la cooperativa dada la naturaleza no lucrativa de la misma. En este caso, el socio había pedido la aplicación del art. 51 C. de c. a lo que el Tribunal contestó que no existía contrato mercantil entre las partes.

Más recientemente, la sentencia de 3 de abril de 2001⁴⁴ recuerda que entre las obligaciones de los socios de la cooperativa agraria está la de *"aportar a la cooperativa para su comercialización la totalidad de la producción de manzanas, melocotones y peras obtenidos en sus explotaciones"*, por lo que está claro el interés directo que tiene la cooperativa *"en la reclamación de los daños, ya que los beneficios que ésta obtenga para destinar a los fines previstos, dependen de la cantidad de fruta objeto de comercialización, que se ha visto disminuida en proporción al menoscabo sufrido, al canalizarse a través de aquella la comercialización de la totalidad de producción de manzanas de los socios, lo que incluye el cobro del precio obtenido de su venta y su distribución o reparto entre los cooperativistas en la forma que tengan acordada. En similar medida, puede la cooperativa reclamar al responsable el importe derivado de la menor producción, por los daños ocasionados, procediendo después a su reparto entre los afectados, como si del resultado de su comercialización se tratase"*.

44. Sentencia reseñada por OLAVARRIA, J. en CIRIEC. Revista Jurídica n° 13 Octubre 2002 p. 166.

En ambas sentencias se destaca claramente cómo la cooperativa comercializa bienes propiedad de sus socios, y lo hace por cuenta de éstos. Esta intermediación gestora le permite incluso reclamar en interés de sus socios, los daños producidos en los bienes de éstos por productos adquiridos en régimen cooperativo.

Posteriormente, la STS de 28 de mayo de 2002 (RA 7348), no se pronuncia sobre la calificación que debe darse a la aportación que el socio hace a la cooperativa, como venta u otra figura jurídica, de carácter civil o mercantil, pero reconoce que dado el funcionamiento de la cooperativa las liquidaciones que puedan hacerse al socio en el momento de la entrega de productos tiene carácter provisional, su precio no se conocerá hasta que no se cierre el ejercicio⁴⁵. Esta forma de determinar los resultados económicos es para nosotros una manifestación más de la intermediación gestora que desarrolla la cooperativa.

1.2. Naturaleza de los servicios prestados por los socios a la cooperativa

En otras ocasiones lo que los socios ponen en común son servicios, prestan su trabajo en la realización de una obra común⁴⁶. Este es el caso de las cooperativas de trabajo asociado, que se caracterizan además, porque sus trabajadores son los propietarios de la empresa y la gestionan directa y democráticamente.

En estos casos, la cuestión está en determinar la naturaleza societaria o laboral de la relación que une al socio con la cooperativa, de ella puede depender la aplicación en algunos casos de la legislación laboral o no.

Tradicionalmente, tanto la legislación⁴⁷, como la doctrina⁴⁸ y la jurisprudencia, venían considerando que los socios de la cooperativa de trabajo o cooperativas industriales, como también se las ha denominado, trabajaban conjuntamente sin relación de ajenidad ni dependencia, puesto que son ellos mismos los empresarios y quienes toman las decisiones más importantes de la empresa reunidos en la asamblea⁴⁹ o en el consejo rector. Se entendía la relación socio-cooperativa como estrictamente societaria sin connotaciones laborales.

45. Sentencia reseñada por OLAVARRIA, J. en CIRIEC. Revista Jurídica n° 14 Octubre 2003 p. 219- 222.

46. Como decía la Ley de Cooperativas de 1931 en su art. 24. 2: *“Es condición necesaria y característica de las Cooperativas de trabajadores que, en caso de distribuir el excedente de los rendimientos, después de atender al fondo de reserva y a las obras sociales, se haga el reparto proporcionalmente al valor asignado al trabajo personal puesto por los asociados en la obra común”*.

47. La legislación realmente no se había pronunciado expresamente sobre el tema hasta la Ley 27/1999; pero a pesar de su terminología confusa, aludiendo a los anticipos laborales, o a la Jurisdicción de lo Social, lo cierto es que las relaciones y las condiciones en que se desarrollaba el trabajo de los socios se determinaban por lo que éstos decidían en sus asambleas, sin necesidad de recurrir a fuentes externas.

48. Entre otros: PAZ CANALEJO, RAMIREZ MARTINEZ, SAGARDOY BENGOCHEA, o VALDES DAL-RE.

49. Como dice la Ley 27/99 en su art. 21. 1º: *“La Asamblea General fijará la política general de la cooperativa y podrá debatir sobre cualquier otro asunto de interés para la misma, siempre que conste en el orden del día, pero únicamente podrá tomar acuerdos obligatorios en materias que esta Ley no considere competencia exclusiva de otro órgano social. No obstante lo anterior, y salvo disposición contraria de los Estatutos, la Asamblea General podrá impartir instrucciones al Consejo Rector o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos”*.

Esta tesis se enturbia a partir de una sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1974 RA. 3005, que declara la laboralidad de la relación al apreciar en ella las notas de subordinación y de ajenidad. Esta nueva corriente tendrá cierto apoyo entre la doctrina española⁵⁰, y se fundamenta en el reconocimiento de una doble condición en el socio de la cooperativa de trabajo, una condición societaria y otra laboral, siendo aplicable a la regulación de esta la legislación laboral.

La postura del Tribunal Supremo vuelve a cambiar a partir de 1990 para negar mayoritariamente el carácter laboral del contrato que vincula al socio con la cooperativa de trabajo asociado⁵¹. A pesar de este reconocimiento jurisprudencial, la doctrina siguió dividida, de ahí que Llobregat calificase la cuestión de la relación socio-cooperativa como un problema todavía abierto, aun reconociendo que no puede reducirse a una simple relación laboral, ni tampoco es equiparable a una prestación social accesoria; se trataría en su opinión de una relación especial, con una configuración autónoma e independiente⁵².

La cuestión ha quedado totalmente zanjada en mi opinión tras la aprobación de la Ley de Cooperativas 27/1999 y de otras leyes de cooperativas dictadas posteriormente por las Comunidades Autónomas, al reconocer expresamente que la relación que vincula al socio con la cooperativa es societaria y no laboral⁵³. Este reconocimiento expreso pone de relieve que la función que cumple la cooperativa de trabajo es similar a otras anteriormente vistas⁵⁴, es un intermediario que gestiona, en

50. Entre ellos puede citarse a: ALVAREZ ALCOLEA, PEDRAJAS MORENO y PRADOS DE REYES, o SANTIAGO REDONDO.

51. En este sentido pueden citarse las STS 21 marzo 1990 RA. 2202; STS 19 septiembre 1990 RA. 7028; STS 15 junio 1992 RA. 4579; STS 26 abril 1993 RA. 3367; STS 24 enero 1994 RA. 371; STS 12 diciembre 1995 RA. 9089 o STS 11 julio 1996 RA. 5773.

52. LLOBREGAT HURTADO, M. L. *Mutualidad y Empresas Cooperativas*. Bosch, Ed. Barcelona, 1990 pp. 211 a 214.

53. Según establece el art. 80. 1ª in fine: "*La relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria*". Junto con este reconocimiento expreso, se han modificado también otras expresiones por coherencia, así se habla de anticipos societarios y no laborales. No se ha modificado en cambio la competencia de los tribunales de lo social para conocer de los conflictos surgidos en el desarrollo de su actividad, aspectos de los que debería conocer –en mi opinión– la jurisdicción de lo civil.

54. En contra se ha pronunciado TRUJILLO DIEZ, I. quien distingue entre cooperativas de consumo y de trabajo, de las primeras afirma que la participación de los socios en la actividad es sólo un derecho del cooperativista, mientras que en las de producción, "*la prestación del trabajo personal se establece en interés de la cooperativa, por el contrario, de la propia esencia de la cooperativa de producción se deduce un deber de trabajar para todos los socios en atención al fin común de obtención de un lucro repartible*"(Cooperativas de Consumo y Cooperativas de Producción. Aranzadi Ed. 2000 pp. 113- 114). El planteamiento que hace este autor es erróneo en nuestra opinión. En todo tipo de cooperativa, el participar en la actividad económica es tanto un derecho como un deber para el socio, así se recoge expresamente en la ley (arts. 15. 1 b) y 16. 2 c) LC 27/99) y así ha sido interpretado por la jurisprudencia en numerosas ocasiones, entre ellas podríamos citar la STS 16 octubre 1989 RA 6921, que reconoce el derecho a trabajar del socio y condena a una cooperativa del mar de trabajo asociado, por impedir a uno de sus socios trabajar, al no ser admitido a bordo del barco en el que debería prestar sus servicios. Puede verse una reseña de esta sentencia en

este caso el trabajo de sus socios. Los socios trabajan en común y comercializan su producción a través de la cooperativa, no trabajan para la cooperativa sino para sí mismos, como comunidad de trabajo o empresa común, por ello no existe ajenidad. Sin embargo, el legislador limita la autonomía de los socios al regular el desarrollo de su actividad imponiendo un determinado orden público profesional, mínimo, indisponible y protegido por el Estado, con el que se pretende tutelar a la fuerza de trabajo y evitar unos niveles de explotación socialmente inaceptables. Esa intervención estatal es la causa de que algún autor haya calificado el trabajo cooperativo como paralaboralizado⁵⁵

1.3. Titularidad de los bienes entregados por la cooperativa a sus socios

El objeto social de algunas cooperativas consiste en conseguir bienes y servicios para sus socios, para los que éstos aportan fondos. Este es el caso de las cooperativas de consumidores, de las cooperativas agrarias, de profesionales y empresarios, que suministran a éstos bienes o servicios, y de las cooperativas de viviendas.

En el caso de las cooperativas de viviendas no hay duda de que los socios son los promotores de sus viviendas y copropietarios del suelo y de la obra desde el momento inicial. Esta intermediación gestora de la cooperativa se refleja en las disposiciones legales cuando se alude a que las cooperativas adjudican en propiedad a los socios sus viviendas o locales una vez construidas o saldada la correspondiente deuda hipotecaria. En este sentido, puede citarse el art. 89 LC 27/99 y la distinción que hace entre adjudicar viviendas y locales a los socios (apartado 3º) y enajenar locales a terceros (apartado 4º).

La ley habla de adjudicación y no de venta o enajenación de la vivienda al socio cuando quiere destacar que éste adquiere su propiedad individual frente a una anterior situación de copropiedad sobre el conjunto. Se ha entendido por la doctrina

CIRIEC. Legislación y Jurisprudencia nº 2 de 1991. Por otra parte, tampoco compartimos la opinión de que la prestación del trabajo se establece en interés de la cooperativa ni que el fin común de los socios sea la obtención de un lucro repartible. La ley de cooperativas dice claramente que el fin de estas es proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros (art. 80. 1). La obtención de un lucro para ser repartible entre los socios es el fin de las sociedades mercantiles (art. 116 C. de c.) pero no de las cooperativas (Código de comercio: art. 124 en relación con su exposición de motivos, o art. 2 de la Ley de Cooperativas 8/2003 según el cual: “*se entiende por actividad cooperativizada la constituida por el conjunto de las prestaciones y servicios que, sin mediar ánimo de lucro, realiza la cooperativa con sus socios, en cumplimiento del fin de la cooperativa*”. Esta ausencia de ánimo de lucro puede apreciarse en el hecho de no ser un objetivo para la cooperativa el obtener excedentes, pudiendo remunerar completamente el trabajo del socio vía anticipos, o bien, generando excedentes que deberá finalmente retornarse al socio. Además, cuando la cooperativa obtiene realmente un lucro o beneficio, la legislación exige normalmente su irrepertibilidad entre los socios.

55. LOPEZ MORA, F. “Una propuesta intermedia: el carácter paralaboralizado del empleo cooperativo” en LEXCOOP <http://www.fevecta.coop> (05/11/03).

mayoritaria⁵⁶ así como por la jurisprudencia⁵⁷ que no hay transmisión de propiedad entre cooperativa y socios, sino que los socios son en todo momento copropietarios del terreno y de la construcción que en el mismo se realiza, y finalmente, copropietarios del conjunto edificado hasta que se les adjudique su propiedad individual. Esta interpretación viene reformada por diversos argumentos:

- La cooperativa realiza una actividad de interposición gestora o representación indirecta, contrata con el constructor, con el propietario del solar o los arquitectos por cuenta de sus socios aunque lo haga en nombre propio⁵⁸.

- Los fondos entregados por los socios a la cooperativa no integran el patrimonio de ésta. Son fondos en poder de la cooperativa pero afectos al fin social de construcción de la vivienda, por ello la cooperativa no puede disponer de esos fondos a otros fines (STS 27 enero 1986).

- Fiscalmente la adjudicación al socio de la vivienda o local está exenta del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, precisamente por faltar la transmisión de propiedad⁵⁹.

56. AGUILAR GARCIA, Manuel. "Las cooperativas de viviendas: disposiciones comunes y específicas, RDN abril.junio 1972 pp. 48-50; MANRIQUE ROMERO y RODRIGUEZ POYO-GUERRERO, "La Cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico". RDN 109- 110, 1980 p. 133 y 134; y LAMBEA RUEDA, A. en Cooperativas de viviendas. Ed. Comares. Granada, 2001, p. 204-205.

57. STS 8 mayo 1993 RA 5820; 16 junio 1993 RA 4731; 8 noviembre 1993 RA. 8420 y 30 octubre 1995 RA. 7477. Esta última añade que la personalidad jurídica de la cooperativa actúa como mero instrumento coordinador.

58. LAMBEA RUEDA, A. en Op. cit. p. 166 y 204. ELENA DIAZ, F. describía la relación entre el socio y la cooperativa de viviendas como "muy similar al mandato" ya que las entregas que el socio hace a cuenta de la vivienda "serían un depósito hecho al mandatario para adquirir un bien a tercero, el constructor de las viviendas" (en "Ideas sobre una posible interpretación de las partidas del pasivo de las cooperativas según la vigente Ley" REVERSCO 1975-1976, p. 204). DEL ARCO ALVAREZ, J. L. afirma al respecto que la cooperativa es a modo de un mandatario de los socios; que opera por y para éstos; que la cooperativa es una prolongación económica del socio, una empresa de servicio al socio ("Régimen económico de las cooperativas españolas" en REVERSCO 1970 p. 30); PAZ CANALEJO, N lo define como situación próxima al "mandatario a título no lucrativo" por emplear la expresión que el Decreto 55-174, de 2 de febrero de 1955 que estableció el Reglamento de Cooperativas de los territorios de Francia de Ultramar, utilizaba en su art. 2. (El nuevo Derecho Cooperativo Español, 1979 p. 318 y 319); para MANRIQUE ROMERO y RODRIGUEZ POYO-GUERRERO el supuesto de hecho que se da en la cooperativa "es el mismo que el que contempla el artículo 1717 del C. c. y el art. 246 del C. de c.(comisionista que no declara quien es el comitente)": se trataría de una representación indirecta, por cuya virtud entre mandante y tercero hay una transmisión directa de propiedad, pero subsistirían la eficacia indirecta de las demás condiciones del negocio, entre ellas el pago del precio; de igual modo, tampoco existiría acción directa entre mandante y tercero. Estos autores denominan esta relación con la expresión acuñada por Publiatti: "interposición gestora".

59. Tampoco está sujeta al arbitrio municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos, porque como dijo el TS en diversas sentencias (entre otras la de 29 enero 1990): no existe verdadera transmisión de la propiedad ni incremento del valor gravable, porque, "el asociado de la Cooperativa era ya anterior copartícipe de la titularidad dominical de la parcela que se le atribuye"; "ni siquiera a efectos fiscales existe un verdadero enajenante, falta el enriquecimiento del transmitente (ausencia de lucro), cuya personalidad jurídica actúa únicamente como mero instrumento coordinador", con el fin exclusivo y esencial de facilitar a los asociados copartícipes en la propiedad inmobiliaria de la cooperativa, una parcela adquirida por la precitada cooperativa a sus expensas".

- La cooperativa está legitimada para actuar frente a terceros pero no tiene legitimación pasiva para ser demandada por los socios por incumplimiento del contrato de obra o vicios de la misma, porque no es un promotor que venda a terceros⁶⁰.

- La cooperativa está legitimada para la defensa de los intereses de los socios frente al constructor, pero también lo están los socios para reclamar a éste.

- En caso de incumplimiento del pago de lo ejecutado, el constructor puede demandar a la cooperativa y si esta no cumple o se ha extinguido o se han entregado ya las viviendas, a los socios. Los socios están obligados a costear los gastos efectivos de construcción puesto que las viviendas son suyas, esta situación no contradice la responsabilidad limitada que los socios suelen asumir por las deudas sociales, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia⁶¹.

Solución distinta debe darse si las viviendas han sido construidas por la cooperativa, es decir cuando la cooperativa es además constructora, en ese caso podría afirmarse que sí hay una transmisión de propiedad al socio (supuesto frecuente en Francia); así como cuando la cooperativa vende una vivienda o local a quien no es un socio, como claramente mantiene el art. 89. 4º LC 27/99 y la STS 7 enero 1992.

Però las cooperativas de vivienda no son las únicas que proporcionan bienes a sus socios, también lo hacen las cooperativas de servicios empresariales y profesionales y las cooperativas de consumidores.

Con carácter general para todas ellas establece la disposición adicional Quinta de la LC 27/99 que “2º.- *Las entregas de bienes y prestaciones de servicios propor-*

60. STS 20 febrero 1989. RA. 1212; STS 6 marzo 1990, RA.1672; STS 8 junio 1992 RA.5168; STS 1 octubre 1991 RA. 7255; STS 5 febrero 1993 RA. 829; STS 28 abril 1993, RA. 2953 y 15 enero 1997 RA. 67 (Sentencias citadas por LAMBEA, A, en Cooperativas de viviendas. Ed. Comares. Granada 2001, p. 177).

61. STS 18 junio 1991 RA. 4522; STS 4 junio 1992 Juris. Civ. 558; STS 22 mayo 1992 Juris.Civ. 514; STS 19 mayo 1993 RA 3803; STS 3 marzo 1998 RA. 1128; STS 8 junio 1999 RA 4233; y más recientemente la STS 29 marzo 2001) FAJARDO GARCIA, I. G. “La responsabilidad del socio en la gestión económica de la cooperativa de viviendas desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo” Ciriec. Revista Jurídica nº 5 1994 pp. 415-417. En contra, GONZALEZ TAUSZ, R. llega a la conclusión de que a efectos prácticos no existen las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada y que el beneficio de la responsabilidad limitada únicamente se le concede al socio en las operaciones con terceros típicamente habitacionales: enajenación de locales comerciales, garajes u otras edificaciones, y critica esta conclusión que perjudica al socio cooperativista en relación con otros demandantes de viviendas (en “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen” REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos. nº 67, 1999 p. 89-122). Esta última tesis parece estar presente en la STS 28 octubre 2002 RA. 9185, que condena a los socios de una cooperativa de viviendas a responder mancomunadamente por las deudas sociales, y lo hace apoyándose en el art. 4 de la LGC 52/1974 de 19 de diciembre, del que dice: “*en él se establece la forma en que los socios han de responder por las obligaciones sociales*”. Habría que aclarar que el art. 4 establece que los estatutos establecerán la responsabilidad limitada o ilimitada de los socios por las obligaciones sociales, y en este caso, su carácter solidario o mancomunado. La Ley no establece por tanto que los socios respondan por las deudas sociales, serán los estatutos los que pueden establecer esta responsabilidad, que no tiene que ver con la responsabilidad que asume el socio en la gestión cooperativa. Podemos concluir afirmando que en esta ocasión el Tribunal ha confundido responsabilidad en la gestión cooperativa con responsabilidad por deudas sociales de la cooperativa.

cionadas por las sociedades cooperativas a sus socios, ya sean producidos por ellas o adquiridos a terceros para el cumplimiento de sus fines sociales, no tendrán la consideración de ventas. 3º.- Las cooperativas de consumidores y usuarios, las cooperativas agrarias y las cooperativas de transportistas, además de la condición de mayoristas, por lo que les serán de aplicación los precios o tarifas correspondientes, tendrán también, a todos los efectos, la condición de consumidores directos para abastecerse o suministrarse de terceros de productos o servicios que les sean necesarios para sus actividades”.

Esta norma trae su origen en otra contemplada en la Ley de Cooperativas de 1974 por la que se negaba que constituyesen ventas las entregas que la cooperativa hacía a sus socios⁶². Con anterioridad, la Ley de Cooperación de 1942, sin ser tan explícita, ya evitaba la expresión “venta” al reconocer que “*Las cooperativas de consumo podrán abastecer directamente a sus asociados y no podrán vender a otras entidades o particulares más que en los casos siguientes...*”(art. 42). Como vemos el legislador cuida la terminología empleada, habla de abastecer o suministrar a los socios, y no tiene inconveniente en describir como venta cuando el abastecimiento se hace a terceros no socios. Esta distinta terminología para describir la relación económica con socios y con terceros se da también en las cooperativas de viviendas (adjudicación/venta), y en las de trabajo asociado (contrato social y anticipo/contrato de trabajo y salario).

La no consideración de venta puede interpretarse como que son los socios los que adquieren directamente a través de la cooperativa los bienes y prestaciones, sin necesidad de que se produzca otra transmisión de propiedad entre cooperativa y socios.

Esta norma permitiría interpretar que la cooperativa produce o adquiere dichos bienes y servicios por cuenta de sus socios, aunque lo haga en nombre propio.

La finalidad de esta norma ha sido objeto de controversia en la doctrina.

Para algunos la norma cumple escasamente una función de fomento y su eficacia se agota en el ámbito tributario: la no sujeción al Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas⁶³.

Otros autores en cambio, afirman que no se agota allí la eficacia de la norma sino que refleja la naturaleza de la cooperativa como mandatario sin representación de sus

62. El art. 51 Dos de la Ley de 1974 establecía: “...*las entregas de bienes y prestaciones de servicios proporcionados por las cooperativas a sus socios ya sean producidos por ellas o adquiridos a terceros para el cumplimiento de sus fines sociales no tendrán la consideración de ventas. Las cooperativas de consumo tendrán en todo caso, la misma condición que los consumidores directos*”.

63. DE LUIS ESTEBAN en *Las Cooperativas y su régimen tributario*, en Servicio de Publicaciones del Ministerio de Hacienda. Madrid. 1977 pp. 88- 89 y PANIAGUA ZURERA, M. en *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*. Mc. Graw Hill. Madrid, 1997 p. 416.

socios⁶⁴. Se trata de una norma que desvela una de las características de la cooperativa, y así lo ha puesto de manifiesto la doctrina, tanto nacional como extranjera⁶⁵.

En la jurisprudencia podemos encontrar alguna sentencia que se ha planteado la naturaleza de la relación en cooperativas de consumo o suministro. De su análisis concluye Vicent Chuliá⁶⁶ que las ventas empresariales de las cooperativas a sus socios son de naturaleza discutida.

Así, para la sentencia de 8 julio 1988 RA. 5589 es una venta mercantil la realizada por una cooperativa de farmacéuticos a estos, de medicamentos para su reventa al público.

Por el contrario, para la STS de 10 noviembre 2000 RA 9212⁶⁷, el suministro de pienso por cooperativa a socio cooperativista para alimento de sus aves de corral no es compraventa mercantil por la ausencia de reventa, por la ausencia de ánimo de lucro en la relación cooperativa-cooperativista y por la dudosa condición de comerciante de la cooperativa. El Tribunal niega que exista una compraventa mercantil entre cooperativa y socio con el fin de declarar prescrita la acción de aquella para poder reclamar el importe de un suministro realizado, pero no niega que exista un contrato de compraventa como debería haber dicho.

La STS 3 abril 2001 anteriormente citada por manifestar que la cooperativa vende productos propiedad de sus socios, resuelve el caso de una cooperativa que adquiere un producto fitosanitario destinado al uso de sus socios y que una vez utilizado provocó determinados daños, por lo que la cooperativa reclama al vendedor la correspondiente indemnización por los perjuicios irrogados a sus socios. Frente a la excepción de falta de legitimación de la cooperativa por no ser la propietaria de las parcelas

64. Señala al respecto PAZ CANALEJO, N. que esta norma puede tener desde luego relevancia tributaria, pero se inclina como Fernando Elena, por interpretar que la norma trata de subrayar la naturaleza profunda de la relación cooperativa-socio que quedaría empobrecida con la figura del vendedor o del arrendador de servicios; se trataría más bien de una situación próxima al "mandatario a título no lucrativo" porque la cooperativa no comercializa para obtener un lucro empresarial ni compra para vender lucrándose en la reventa, sino que presta servicios o distribuye los bienes que sus socios precisan en las condiciones más favorables para éstos que son los que a tal fin crearon precisamente la entidad. Para este autor, la norma está excluyendo la intermediación mercantil (*El nuevo Derecho Cooperativo Español*. 1979 p. 318 y 319).

65. VERRUCOLI decía al respecto que *"en la sociedad cooperativa de consumo los actos de cambio no pueden considerarse compraventas, sino que deben calificarse de distribución o asignaciones porque hemos de tener presente el origen causal de la relación en la cual concurre el elemento asociativo que es extraño a la venta normal"*(Rassegna, en Riv. Soc. 1985 p. 940). Por su parte, COUTANT afirmaba que *"la expresión de precio de venta se presta a confusión en la doctrina. Las operaciones entre la cooperativa y sus asociados no tienen el carácter económico de ventas, son operaciones de distribución"*(en *L'evolution du droit cooperatif de ses origines à 1950*. Ed. Matot-Braine, Reims, 1950 p. 178).

66. VICENT CHULIA, F. Introducción al Derecho Mercantil. 16ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003 p. 844.

67. Reseñada y comentada por FAJARDO GARCIA, I.G. en "La no mercantilidad del suministro de bienes entre cooperativa y cooperativistas", en RDM n° 240, abril-junio 2001 p. 946-958.

afectadas, sino sus socios, el Tribunal considera que sí está legitimada porque la cooperativa actúa en todo momento en interés de estos como si hubiesen delegado en ella, al ingresar en la cooperativa, la representación de sus intereses⁶⁸.

A pesar de que esta tesis no ha tenido en la jurisprudencia el deseado respaldo, consideramos que en todos esos casos los socios adquieren conjuntamente los bienes que necesitan a través de la cooperativa, y por ello no hay una nueva transmisión de propiedad entre cooperativa y socios, sino una adjudicación u otorgamiento individualizado de bienes a favor del cooperativista⁶⁹.

Esta tesis que defendemos se apoya también en la otra norma que contiene la disposición adicional 5ª de la LC 27/99, y que establece que las cooperativas de consumidores, las agrarias y de transportes tendrán la consideración de consumidores directos. Esta norma ha tenido gran transcendencia para las cooperativas agrarias y de transporte que prestan a sus socios el servicio de suministro de carburante. En la normativa sectorial sobre suministro y venta de carburantes y combustibles líquidos (OM 5 de marzo 1970), se contempla como régimen especial el suministro directo a los consumidores, y más en concreto, la OM de 31 de julio de 1986 considera como consumidores a las cooperativas del campo, por lo que éstas pueden aprovisionarse directamente y distribuir el producto entre sus socios. Esta norma se enmarca –como declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de noviembre de 1989 RA. 7973– dentro de la política de fomento de las cooperativas a que obliga el art. 129 de la Constitución Española.

Esta consideración como consumidor de las cooperativas y las consecuencias que ello reporta, ha sido objeto de análisis en varias sentencias del Tribunal Supremo, llegándose a la conclusión por este de que, si los consumidores pueden suministrarse directamente de la Compañía Arrendataria del Monopolio, también pueden hacerlo agrupándose en una cooperativa para recibir el combustible a través de

68. Dice en concreto esta sentencia que *“la cooperativa adquirió de la sociedad demandada un producto fitosanitario a través de su distribuidor, destinado al uso de los socios, que una vez utilizado por una parte de los mismos provocó los daños que ahora se reclaman por la sociedad cooperativa, la cual debe considerarse legitimada para ejercitar la acción aquiliana porque la naturaleza que el legislador catalán atribuye a dichas sociedades, como asociación de personas naturales o jurídicas que tiene intereses o necesidades socio-económicas comunes, con el propósito de mejorar la situación económica y social de sus componentes desarrollando una actividad empresarial dirigida al interés colectivo por encima del beneficio particular permite colegir que al acceder a la condición de socios, sometiéndose al contenido estatutario, estos delegan en la sociedad en cuanto tiene personalidad jurídica distinta de las personas que la componen, para que los represente y defienda sus intereses en los concretos aspectos que guardan estricta relación con el objeto social de la misma...”*.

69. En este sentido también: TRUJILLO DIEZ, I., Cooperativas de consumo y cooperativas de producción. Aranzadi Editorial. 2000 p. 111.

ella⁷⁰. En estos casos, la cooperativa compra el combustible para sus socios y posteriormente lo distribuye entre ellos, en función de sus necesidades.

En sentido contrario, la STS 7 noviembre 1990 RA. 8842 negó a una cooperativa de suministro de electricidad la cualidad de consumidor⁷¹.

1.4. Normativa sobre determinación y distribución de los resultados de la gestión cooperativa

La normativa que regula la determinación y distribución de los resultados de la gestión cooperativa pone de manifiesto que la retribución que el socio recibe, o tiene que abonar, por su participación en la actividad cooperativizada, está en función de los resultados obtenidos en el ejercicio económico. No existiendo una retribución o coste fijo, ni mínimo ni máximo, puede decirse que el socio asume el riesgo de la gestión cooperativa⁷².

70. Ante la denuncia de algunas estaciones de servicio por la autorización a una cooperativa del suministro directo de gasóleo agrícola, señala la STS 20 abril 2001 que *"el hecho de que varios de aquellos consumidores directos se agruparan en una cooperativa para recibir el combustible a través de ella, y que ésta fuera autorizada al efecto, no supone en realidad la modificación de las tan repetidas concesiones. Los consumidores agrícolas podrían prescindir desde un principio del suministro de gasóleo a través de las estaciones de servicio y aprovisionarse directamente de la Compañía arrendataria ... el inicial equilibrio financiero de sus concesiones administrativas –que tampoco puede considerarse como una especie de seguro universal de beneficios garantizados por la Administración- no quedaba alterado por la venta directa de aquel combustible por parte de CAMPSA a consumidores agrarios, tanto si lo adquirían de modo individual como si lo hacían agrupados en cooperativa"*. En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en las sentencias de 21 de noviembre de 1989; 6 de marzo de 2000 y 7 de junio de 2001.

71. En este caso, la normativa sectorial, el Decreto 12 de marzo de 1954 por el que se aprobó el Reglamento de verificaciones y de regularidad en el suministro de energía eléctrica establecía en su art. 78 que *"las empresas distribuidoras de energía eléctrica están obligadas a efectuar el suministro a todo abonado o consumidor directo de energía"*. En el presente caso ante la petición por la cooperativa de nueva potencia a H.E., SA, esta deniega el suministro alegando que la cooperativa no es consumidor directo y que la empresa eléctrica productora de energía disponía de un nuevo centro de transformación en la zona donde venía actuando la cooperativa, con capacidad para atender todas las peticiones de suministro de los consumidores directos o abonados allí ubicados. El Tribunal Supremo desestimó el recurso planteado por la cooperativa y por la Generalitat Valenciana, haciendo caso omiso a la legislación cooperativa vigente que reconocía la condición de consumidor directo a la cooperativa (arts. 73 Ley valenciana de 1985 y art. 51. 2 Ley estatal de 1974); negó esa condición a la cooperativa y proclamó la libertad de las partes para contratar.

72. Contrariamente, PANIAGUA ZURERA, M (*"Determinación y distribución de resultados en la sociedad cooperativa"* Derecho de los Negocios nº 66 Año 7 p. 2) analizando la valoración de las prestaciones que el socio realiza a la cooperativa, llegaba a la conclusión de que el socio –según el art. 83. 1 a) LGC 3/87- *"tiene derecho a percibir por las prestaciones realizadas a la cooperativa en el marco de la actividad cooperativizada una cantidad como mínimo igual a la resultante de aplicar los criterios de valoración fijados en el precepto"*. No podemos compartir esa opinión porque el artículo citado lo que establece es: *"Se considerará como gastos, para fijar el excedente neto o, en su caso, las pérdidas, del ejercicio económico ... El importe de los bienes entregados por los socios...a los precios medios de mercado en el momento de la entrega. , aunque por los mismos no se haya abonado a los socios anticipos o éstos sean de cuantía inferior"*. Se trata de una norma contable y no reconoce ningún derecho mínimo al socio, incluso se prevé que la retribución haya sido inferior o inexistente. Pero además, más tarde, se prevé que si a resultados de dicha valoración el resultado final del ejercicio es negativo, se impute al socio la pérdida no cubierta con las reservas (art. 87. 1 c).

Si tuviéramos que describir cómo sería el funcionamiento más simple en una cooperativa tendríamos que partir distinguiendo entre cooperativas de proveedores y cooperativas de consumidores.

En las primeras, la retribución que corresponde al socio por su prestación estaría en función de los ingresos obtenidos al comercializar su producción y de los gastos generados, teniendo en cuenta que en las cooperativas –a diferencia de las sociedades capitalistas- la retribución al capital (intereses) es un gasto⁷³.

El resultado obtenido serviría para compensar la prestación del socio y para los demás destinos que exige la ley o acuerden los socios en asamblea general.

Por razones diversas que ya analizamos en otro lugar⁷⁴ pero principalmente de carácter fiscal⁷⁵, el legislador obliga a fijar como gasto previo a la obtención del

73. Uno de los principios cooperativos que caracterizan a estas entidades es el Principio de participación económica de los socios, que se traduce en una serie de reglas entre las que destacamos la que se refiere a la retribución por el capital aportado. Dice en particular este Principio: *“Usualmente, los socios reciben una compensación, si la hay, limitada sobre el capital entregado como condición para ser socio”*. Esta retribución limitada se ha configurado en nuestro ordenamiento desde siempre como un interés que vendrá determinado en los estatutos sociales para las aportaciones obligatorias, y por la asamblea general en el caso de las aportaciones voluntarias, pero que en ningún caso podrá exceder de 6 puntos por encima del interés legal del dinero (art. 48 LC 27/99). Este interés tiene la consideración de gasto; sin embargo, desde la LC 27/99 se ha condicionado su remuneración a la existencia de resultados positivos (art. 48.2). Esta modificación puede llevar a una alteración en su consideración como gasto, ya que el Proyecto de Normas sobre Aspectos Contables de las Cooperativas publicado el 7 de mayo 2003 (<http://www.icac.meh.es/coopera.htm>) establece en la norma decimocuarta que la remuneración de las aportaciones al capital se considerará como una partida de gasto de la cuenta de pérdidas y ganancias, pero, *“si la Ley permite la remuneración de las aportaciones al capital social sin condicionarla a la existencia en el ejercicio de excedente de la cooperativa y este no existe, contablemente se tratará, bien como una remuneración a cuenta de beneficios futuros o bien como reparto de reservas”*; calificación que ha sido criticada por voces muy autorizadas como CUBEDO TORTONDA, M para quien *“el gasto por intereses debe de reflejarse como un gasto financiero, exista o no beneficio”*, lo que corrobora no solo por lo previsto en las Leyes cooperativas y fiscales, sino incluso, cita en su apoyo la STS 11 julio 1998 (ver en *“La contabilidad de las cooperativas al día”* en *El futuro de la Contabilidad de Cooperativas y de la Contabilidad Pública*. Rev. CIRIEC de Economía nº 45 Agosto 2003 p. 28-29; y en *La Contabilidad de las empresas cooperativas*. Ed. CIRIEC 2003 pp. 106-108). A esta tesis se suman también las más recientes SSTs de 17 julio 2002, 1 de febrero 2003 y 22 febrero 2003, reseñadas por OLAVARRIA en CIRIEC. Revista Jurídica nº 14 de Octubre 2003 pp. 232, 246 y 247.

74. En *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*. pp. 125 a 140; vimos como los intereses prioritarios que justificarían esa valoración previa son fiscales con el fin de general una base imponible que permita aplicar el impuesto de sociedades; la necesidad de conformar una reserva obligatoria que de estabilidad patrimonial a una entidad cuyo capital es variable; y la necesidad para el socio de conocer la ventaja cooperativa, o ventaja que le reporta desarrollar su actividad económica a través de la cooperativa o directamente en el mercado.

75. Claro reflejo de este interés fiscal, es la previsión en la Ley de Régimen Fiscal de las Cooperativas (20/1990, de 19 de diciembre) junto con normas incentivadoras que establecen beneficios tributarios, de normas técnicas, normas de ajuste aplicables en el Impuesto sobre Sociedades que nos indican como debe determinarse la base imponible, y para ello, distingue entre resultados cooperativos (generados en la actividad con los socios) y resultados extracooperativos (generados en la actividad ordinaria desarrollada con no socios y en actividades extraordinarias), y a tales fines determina cómo debe valorarse las operaciones cooperativizadas (art. 15), los ingresos (art. 17 y 21) y los gastos (arts. 18-20).

resultado, una valoración provisional (anticipo) de la prestación del socio, que no tiene porqué ser efectiva, conforme a criterios objetivos (valor de mercado, salario medio, etc.). Esta deducción previa permitirá normalmente generar un resultado positivo (excedente) que servirá como base imponible en el Impuesto de Sociedades y que tras las deducciones que imponga el legislador o acuerde la asamblea, se devolverá al socio (retorno). Si por el contrario el resultado fuese negativo (pérdida) se tendría que retornar igualmente al socio (imputación o retorno negativo).

Las aportaciones que hace el socio a una cooperativa de proveedores tienen por tanto la siguiente compensación económica: el capital se retribuye mediante intereses en proporción al capital desembolsado por cada uno; mientras que la prestación de bienes o trabajo se retribuye mediante el anticipo más el retorno (positivo o negativo). No existiendo por tanto una valoración fija por su prestación sino dependiente de los ingresos y gastos habidos en el ejercicio.

En las cooperativas de consumo el socio debe pagar el bien o servicio que recibe de la cooperativa. El importe que tiene que abonar también estará en función del coste de adquisición o producción del mismo por la cooperativa, y de los gastos que haya generado su obtención.

En las cooperativas hay dos sistemas para determinar y hacer efectivo el coste del bien o servicio recibido. Puede calcularse una vez conocidos los costes totales y por tanto al cierre del ejercicio. En este caso, el coste de la vivienda lo sabremos cuando hayan finalizado las obras.

Pero también es posible exigir al socio un aporte provisional a cuenta del resultado final, que el socio hará efectivo normalmente al recibir el bien o servicio, y cuyo valor provisional se determinará en función del precio de mercado o del valor de coste más un porcentaje para cubrir gastos. En estos casos, al finalizar el ejercicio habremos contabilizado como ingreso los aportes anticipados por el socio y habremos generado un excedente o una pérdida que podrá repercutirse sobre el socio.

En cualquier cooperativa el retorno al socio, sea positivo o negativo, se hace en proporción a su participación en la actividad económica.

Puede decirse finalmente que en cualquier tipo de cooperativa el socio asume el riesgo de su gestión porque repercute sobre él, el resultado económico generado, resultado que se distribuye en proporción a la participación del socio en la actividad económica y nunca en proporción al capital, ya que como entidad no capitalista que es la cooperativa, la retribución de éste –cuando se da- se limita y se contabiliza como gasto.

Distinta es la determinación y distribución de resultados de la actividad desarrollada por la cooperativa con terceros no socios. Esta actividad de intermediación, es posible cuando la ley lo permite⁷⁶ y aproxima las cooperativas a las sociedades

76. Así, dice el art. 4 LC 27/99 que las sociedades cooperativas podrán realizar actividades y servicios cooperativizados con terceros no socios sólo cuando lo prevean los Estatutos, en las condiciones y con las limitaciones que establece la presente Ley, así como otras Leyes de carácter sectorial que les sean de aplicación.

mercantiles⁷⁷, pero no las equipara porque el legislador las somete a diversas limitaciones inconcebibles en una sociedad mercantil:

a) El volumen de estas operaciones con terceros es limitada y siempre inferior a la actividad con los socios.

b) Para garantizar la anterior limitación, la cooperativa debe reflejar en su contabilidad, separadamente los resultados de ambas actividades.

c) En estos casos, figura como gasto o como ingreso, el precio pagado por la cooperativa al tercero o cobrado a éste, que será el convenido, porque entre ambos sí hay transmisiones de propiedad.

d) Los resultados obtenidos, denominados por la ley “beneficios” (no excedentes) o pérdidas, tienen fiscalmente el mismo tratamiento en el Impuesto de Sociedades que si fueran generados por sociedades mercantiles, a diferencia del tratamiento dado a los excedentes.

e) Dichos resultados no pueden repercutirse sobre los socios, sino que deben destinarse íntegramente a reservas irrepartibles, tanto los positivos como los negativos, son beneficios o pérdidas sociales, de la cooperativa y no de los socios. Este destino irrepartible se mantiene incluso tras la liquidación de la cooperativa⁷⁸.

Algunas legislaciones reconocen la posibilidad de que las cooperativas que realizan su actividad económica también con terceros no tengan que separar contablemente los resultados obtenidos⁷⁹. En estos casos de indiferenciación resultará imposible determinar qué resultados corresponde aplicar a los socios, por ello la Ley valenciana de 1985, primera en reconocer esta posibilidad, optó porque se destinasen todos a patrimonio irrepartible. En tales casos, resulta difícil defender que repercuta sobre los socios la gestión cooperativa.

En otros casos, que también vimos, las cooperativas pueden adquirir la propiedad de los bienes aportados por los socios, es decir, compran a sus socios sus bienes o servicios, que después comercializan, como prevé el art. 52. 3 LC 27/99. Tampoco

77. Recuérdese que el art. 124 del Código de comercio establece que las cooperativas se considerarán mercantiles y quedarán sujetas a este Código cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad, quedando excluidas mientras tanto. Exclusión que se justifica en la exposición de motivos por la ausencia de ánimo de lucro en las operaciones que la cooperativa realiza con sus socios, y porque el espíritu de especulación es incompatible con la naturaleza de estas Sociedades.

78. La Ley 27/99 ha introducido una polémica novedad en este sistema, al permitir la distribución de parte de estos beneficios entre los socios (art. 58. 3) en concepto de “retorno”. Como bien dice LLOBREGAT, esta norma merece una crítica rigurosa desde una doble perspectiva. Por una parte por introducir el ánimo de lucro en la cooperativa, al distribuirse entre los socios parte de los beneficios. Por otra, por denominar retorno a lo que es una verdadera distribución de beneficios y no el complemento a un anticipo (en “Régimen económico de las sociedades cooperativas en el marco de la Nueva Ley General de Cooperativas de 16 de julio de 1999” en RdeS n° 13 (1999) p. 226. Afortunadamente, no todas las leyes cooperativas han dado este paso, y muchas siguen respetando la naturaleza predominantemente mutualista y no lucrativa de la cooperativa.

79. Art. 57. 4 LC 27/99: “No obstante lo anterior, la cooperativa podrá optar en sus Estatutos por la no contabilización separada de los resultados extracooperativos”.

en estos casos podría defenderse que el socio asume el riesgo de la comercialización de unos bienes que no son suyos. La posición del socio sería similar al del tercero que participa en la actividad cooperativizada. Son casos en los que la cooperativa actúa en el mercado en nombre y por cuenta propia, asumiendo íntegramente los riesgos de su gestión.

2.- Las secciones de las cooperativas. Especial referencia a las promociones y fases en las cooperativas de viviendas.

La sección fue definida por Vicente Santos⁸⁰ como demarcación autónoma funcional en el seno de la cooperativa que, sin llegar a tener personalidad jurídica propia o independiente de la cooperativa, es gestionada separadamente generando un patrimonio independiente afecto a las responsabilidades derivadas de esa gestión específica.

Como ya tuvimos ocasión de exponer,⁸¹ las secciones facilitan el desarrollo del objeto social de las cooperativas y son de especial interés para las cooperativas agrarias y de viviendas.

Cuando la cooperativa desarrolla diversas actividades económicas, las secciones permiten organizar esas actividades de forma autónoma. Las secciones cobran por ello especial importancia en las cooperativas agrarias polivalentes o multifuncionales, que ofrecen a los socios diversos servicios: comercializar sus productos o transformarlos, suministrarles bienes, prestar servicios financieros, de seguros, etc.

Pero las secciones también pueden cumplir una importante función en cooperativas con actividad económica única como es el caso de las cooperativas de viviendas, pues permiten diferenciar la gestión de construcción por fases y promociones, con autonomía de gestión y patrimonios separados.

Las secciones siempre han estado presentes en la legislación cooperativa desde la Ley de Sindicatos Agrícolas de 1906⁸², pero no es hasta la Ley de 1974 y su Reglamento de 1978 que encontramos una regulación de las mismas.

La Ley 52/1974 en su art. 4.3º dedicado a la responsabilidad, establecía: "*Los Estatutos podrán regular la existencia y funcionamiento de juntas, grupos o secciones que desarrollen, dentro de los fines generales, actividades económicas o sociales específicas, con autonomía de gestión y posibilidad de patrimonios separados afectados a este objeto. En todo caso será necesario que lleven contabilidad independiente, sin perjuicio de la general de la cooperativa. Cuando se haga uso de esta posibilidad, se hará constar expresamente frente a los terceros con los que la cooperativa haya de contratar*".

80. SANTOS, V. "Las Secciones de las Cooperativas en el Derecho Español" en Revista Jurídica de Cataluña, 1980 pp. 957 y ss.

81. en FAJARDO GARCIA, I.G. "Las secciones de crédito en el ordenamiento jurídico español". Rev. CIRIEC de Economía nº 32 Agosto 1999 p. 11 y ss.

82. Sobre los antecedentes en la legislación española de la regulación de las secciones véase PAZ CANALEJO en Comentarios a la Ley General de Cooperativas vol. 3º Edersa. 1994 pp. 566- 568.

El Reglamento aprobado por RD 2710/1978 reproducía esta norma en su art. 5 y dedicaba el art. 104. 2º a la responsabilidad de las cooperativas que programan sus construcciones en distintas fases, señalando: *“Asimismo, las normas estatutarias podrán prever y regular que la construcción de cada fase o bloque se realice con autonomía de gestión y patrimonios separados afectados a este objeto, sin que los socios no integrados en cada una de las promociones se vean responsabilizados por la gestión económica de los demás, siempre que se cumplan todos los requisitos del artículo 4º, número tres, de la Ley. En todo caso, será necesario que lleven contabilidad independiente, sin perjuicio de la general de la cooperativa. Cuando se haga uso de esta posibilidad se hará constar previa y expresamente frente a los terceros con los que se haya de contratar”*.

La doctrina se ocupó en su momento de clarificar el alcance de la expresión: “posibilidad de patrimonios separados afectados a este objeto”. Así, Vicente Santos⁸³ distinguía, puesto que se trata de una posibilidad, según se opte por separar o no el patrimonio de la sección.

Si no se opta por su separación, respondería frente a terceros el patrimonio global de la cooperativa, pero si las obligaciones se generaron en el seno de una sección, internamente habrá que imputar esas consecuencias, con preferencia a los bienes y socios de esa sección.

En el caso contrario, nos encontraríamos ante un patrimonio separado de los varios que contempla nuestro ordenamiento, porque reúne los requisitos configuradores de tal categoría: previsión legislativa, destino a un fin u objeto especial, limitaciones en su aplicación y en las garantías que ofrece, y especificidad y autonomía.

La afectación de este patrimonio al objeto de la sección no debe entenderse –según Santos– como una masa de bienes “vinculada” o casi en “mano muerta”, sino que lo que quiere destacar el legislador es la relación instrumental que tal patrimonio ha de tener con las actividades de la sección. Ese patrimonio separado constituye según este autor *“Instrumento para el funcionamiento y desarrollo de la “sección”, para la satisfacción de las necesidades de ésta, para la promoción y consecución de los fines que a la propia sección se atribuyen, no deben minimizarse su alcance reduciéndolo a una pura función de garantía frente a los terceros”*.

Por otra parte, el patrimonio de la sección también entraña un doble límite, pues la cooperativa no puede emplear los elementos de ese patrimonio para fines diversos de los de la sección, y además, ese patrimonio sirve de garantía a una parte de los acreedores de la cooperativa, precisamente, los acreedores de la sección. Para Santos la existencia de un patrimonio separado produce una alteración a la regla general de la universalidad de la responsabilidad, pues –en su opinión– el patrimonio de la sección *“parece que ha de quedar inmune, al menos en principio, frente a las pretensiones que tengan su base en créditos distintos de los que se produzcan frente a la propia sección”*.

83. SANTOS, V “Las Secciones” op. cit. p. 980 y ss.

Esta conclusión cabe ser revisada, pues como claramente apunta el autor, el problema pendiente es el del grado de comunicación o incomunicación que puede haber entre el patrimonio de la sección y el resto del patrimonio de la cooperativa.

La respuesta a esta cuestión por la doctrina ha sido diversa, lo que permite distinguir tres tesis al respecto:

a) Existe incomunicación absoluta entre el patrimonio de la sección y el de la cooperativa. En este sentido puede citarse la opinión de Muñoz Vidal⁸⁴: *“las Secciones responderán frente a terceros hasta el límite de su patrimonio y responsabilidades complementarias pactadas, sin que en ningún caso tales terceros acreedores puedan accionar contra el resto de los bienes de la Cooperativa, contra otras Secciones o, en su caso, contra otros socios”*

b) Incomunicación en un solo sentido. En este caso, los acreedores de la sección no contarían con más garantía que la que ofrece el patrimonio separado, pero los acreedores generales de la cooperativa podrían accionar contra el patrimonio separado, salvada la preferencia a favor de los acreedores de la sección. Esta podría ser la postura mantenida por Paz Canalejo⁸⁵.

c) Por último, cabría citar la postura defendida por Pino⁸⁶ y Santos para quienes el patrimonio general de la cooperativa sirve para satisfacer a todos los acreedores y el de la sección, debe satisfacer con preferencia a los acreedores de la sección, pero no en exclusiva. Esta tesis no encuentra una clara acogida en el Derecho positivo, por lo que Santos recomienda que en el desarrollo reglamentario de la ley debería aclararse este extremo tan importante.

Por otra parte, en el caso de que existan varias secciones en una cooperativa, los acreedores ajenos a una sección, no podrán accionar contra el patrimonio separado afecto a esa sección, este sería el caso por ejemplo de las cooperativas de viviendas que se estructuran en fases o promociones, en ellas, como claramente señalaba el Reglamento de 1978 los socios integrados en una promoción no pueden verse responsabilizados por la gestión de otras promociones o fases.

La legislación cooperativa posterior va a manifestarse más cautelosa al regular el tema de la responsabilidad y el patrimonio de la sección, al menos de forma general, reconociendo patrimonio y gestión autónoma, pero no excluyendo la responsabilidad universal o subsidiaria de la cooperativa. Con estas limitaciones se manifestó

84. MUÑOZ VIDAL, Análisis Sistemático del Crédito Cooperativo. Murcia, Caja Rural Provincial, 1976 pp. 49 y ss. Citado por Santos en op. cit. p. 991.

85. PAZ CANALEJO, N en El nuevo Derecho Cooperativo Español. Ed. Dígesa. Madrid, 1979, pp. 70- 72. Este autor en un primer momento se inclina por una incomunicación absoluta de patrimonios: *“incomunicabilidad total y absoluta entre el patrimonio de la cooperativa y el de la sección o secciones existentes”*; pero más tarde matiza: *“En resumen, pues, en mi opinión, las secciones o grupos tienen un pasivo propio y ello tanto porque de éste responden sólo los bienes que integran aquellos centros de imputación como porque tales bienes están especialmente afectos a su pago –por Ley-, de modo que los acreedores correspondientes son preferidos a los demás acreedores del titular del patrimonio (DE LA CAMARA)”*.

86. PINO, El patrimonio separado. Pádova 1950 p. 21. Citado por Santos en op. cit. p. 993.

la Ley vasca 1/82⁸⁷, la Ley andaluza 2/85⁸⁸, o la Ley valenciana 11/85⁸⁹, hasta la Ley General de Cooperativas 3/87 que no reguló las secciones⁹⁰, como tampoco las contemplaba el Proyecto de 24 de junio de 1980.

Algo distinta fue la suerte que corrió la regulación de la responsabilidad en las cooperativas de viviendas por fases o promociones, pues la regulación prevista en el Reglamento de 1978 se mantuvo en la Ley catalana 4/83 (art. 83) en términos muy similares a como se preveía en el Proyecto de 1980 (art. 80). En los demás casos, o no se reguló el tema (Ley vasca 1/82), o se reguló con limitaciones, como fue el caso de la LGC 3/87, que no contemplaba la posibilidad de establecer una prelación en la determinación de la responsabilidad⁹¹.

La LC 27/99 va a dar un giro importante con respecto a su predecesora, y así, regula con carácter general las secciones en el art. 5, haciendo especial referencia a las secciones de crédito en su párrafo 4º; y dedica el art. 90 a regular las fases o promociones de las cooperativas de viviendas.

Del art. 5 nos interesa en particular sus apartados 1º y 2º según los cuales: “1.- Los Estatutos de la cooperativa podrán prever y regular la constitución y funcionamiento de secciones que desarrollen, dentro del objeto social, actividades económico-sociales específicas con autonomía de gestión, patrimonio separado y cuentas de explotación diferenciadas, sin perjuicio de la contabilidad general de la cooperativa. 2.- Del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la actividad de la sección responden, en primer lugar, las aportaciones hechas o prometidas y las garantías presentadas por los socios integrados en la sección, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la cooperativa”.

Cuando una cooperativa opte por estructurar su actividad empresarial por medio de secciones, cada una de ellas llevará una gestión autónoma de los intereses de

87. Art. 5. 2º “... sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria o de segundo grado de la propia cooperativa”.

88. Art. 6. 3º: “...En todo caso, subsistirá la responsabilidad patrimonial universal de la cooperativa, excusión hecha del patrimonio de la sección afectada”.

89. Art. 7. 5º: “Del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la actividad de la Sección, responden en primer lugar las aportaciones hechas o prometidas y las garantías prestadas por los socios integrados en la Sección. Esta condición constará necesariamente en los contratos celebrados con terceros, consintiendo éstos en no perseguir directa o inmediatamente los demás bienes de la Cooperativa, bajo la responsabilidad de los que hayan contratado en representación de la Cooperativa. 6º En el caso de que la Cooperativa tenga que hacer frente a las responsabilidades contractuales o extracontractuales derivadas de la actuación de una Sección, aquélla podrá repetir contra los socios integrados en ésta, exigiendo el efectivo desembolso de las aportaciones comprometidas o las garantías prestadas”.

90. Salvo una somera referencia a las secciones de crédito en el art. 117.

91. Art. 130. “Construcción por fases o promociones.- Cuando las Cooperativas de Viviendas desarrollen más de una promoción o fase, las reuniones de la Asamblea General deberán celebrarse por el sistema previsto en el art. 51, de la Asamblea General de Delegados, debiendo existir tantas Juntas preparatorias como fases o promociones se desarrollen, estando obligadas, además, a llevar contabilidad independiente de cada fase o promoción, sin perjuicio de la contabilidad general de la Cooperativa”.

los socios adscritos a cada sección. Cada sección llevará su cuenta de explotación y podrá tener un patrimonio afecto a la gestión de esa actividad.

Lo más destacable a los efectos de nuestro estudio es la regulación que se hace de la responsabilidad por las obligaciones generadas por la actividad de cada sección, donde se establece una especie de prelación del patrimonio y de las garantías ofrecidas por los socios de la sección con respecto al patrimonio general de la cooperativa.

No se trata por tanto de una limitación de responsabilidad sino de una prelación de responsabilidad que tiene eficacia interna, vinculando a los socios y a la cooperativa, pero no a los terceros que contratan con ésta. Salvo que se comprometan los terceros expresamente a perseguir en primer lugar los bienes afectos a esa sección. Esta vinculación pretende conseguir la Ley valenciana 8/03 cuando establece en su art. 8. 6º que del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la actividad de la sección responderán, en primer lugar, las aportaciones hechas o prometidas y las garantías prestadas por los socios integrados en la sección. Esta condición constará necesariamente en los contratos celebrados con terceros, consintiendo éstos en no perseguir directa o inmediatamente los demás bienes de la cooperativa, bajo la responsabilidad de los que hayan contratado en representación de la cooperativa. Esta norma se completa con la prevista en el párrafo 7º según el cual, en el caso en que la cooperativa tenga que hacer frente a las responsabilidades contractuales o extracontractuales derivadas de la actuación de la sección, podrá repetir contra los socios integrados en la sección, exigiendo el efectivo desembolso de las aportaciones comprometidas o las garantías prestadas.

Por otra parte, y en relación con las cooperativas de viviendas que desarrollen más de una promoción o una promoción lo fuera en varias fases, establece el art. 90. 5º que: *“Los bienes que integre el patrimonio debidamente contabilizado de una promoción o fase no responderán de las deudas de las restantes”*, para ello se exige que cada fase o promoción se identifique con una denominación específica, que tengan autonomía de gestión y patrimonial, reflejada en una contabilidad independiente para cada una de ellas; que en la inscripción que se realice en el Registro de la Propiedad de los terrenos o solares, se haga constar la fase o promoción a la que se destina.

Para Ortiz Rodríguez⁹² la novedad más importante introducida por este precepto es el haber establecido la autonomía patrimonial tanto desde un punto de vista activo (titularidad de los bienes y derechos) como pasivo (responsabilidad por deudas), supuesto de patrimonio separado que constituye una auténtica excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911 C. c.

Según se desprende de esta norma y así ha sido también interpretado por este último autor, los acreedores de una promoción o fase, podrán satisfacer su crédito

92. ORTIZ RODRIGUEZ, J. en *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*. I. Comentarios. Colegios Notariales de España. 2001 pp. 660 y 661.

con cargo al patrimonio de la misma y subsidiariamente con el patrimonio general de la cooperativa, sin afectar al patrimonio separado de otras fases o promociones. Por otra parte, los acreedores generales de la cooperativa podrán satisfacer sus créditos con todos los bienes de ésta, incluso los afectados a promociones o fases concretas, pues, como dice Ortiz Rodríguez, la limitación no alcanza a este punto y el patrimonio general de la cooperativa ha de entenderse comunicado con los de las distintas fases o promociones, que sí estarán separados entre sí.

Llegados a este punto, se cuestiona este autor si los socios de la fase o promoción pueden pedir la previa excusión de los bienes que integren el patrimonio general de la cooperativa, en el caso de que las deudas no sean específicas de esa fase o promoción, sino derivadas de la actividad general de la cooperativa; a lo que responde en principio que esa prelación no es posible a la vista del tenor literal de la ley, pero debería forzarse su interpretación en sentido positivo teniendo en cuenta que el espíritu de la norma tiende a salvaguardar en lo posible la autonomía patrimonial de la fase o promoción. Parece una interpretación consecuente con el hecho de que el art. 5 reserva el patrimonio de la sección para atender con preferencia los créditos derivados de su actividad económica. Es por tanto, en nuestra opinión, la interpretación que debe mantenerse. En cualquier caso, no debemos olvidar que exista o no patrimonio separado, la cooperativa en caso de responder ante sus acreedores, viene obligada a una distribución interna equitativa de esa responsabilidad entre el patrimonio general y los patrimonios de sus secciones.

Para Villaluenga Rodríguez⁹³ a pesar del esfuerzo del legislador en el art. 90 por evitar la confusión entre masas patrimoniales y garantizar su efectiva separación y autonomía, no parece que las medidas establecidas sean suficientes, antes el dato incontestable de que la personalidad jurídica es única y viene atribuida a la cooperativa, siendo ésta y no sus secciones, promociones o fases, la titular, activa y pasiva de las relaciones jurídicas con terceros. Por ello se inclina este autor por la conveniencia de seguir introduciendo en la contratación con terceros estipulaciones si no limitativas sí al menos de concreción de la responsabilidad sobre los bienes de la promoción o fase singularmente considerada, en términos tales que no dejen lugar a dudas, como se ha venido haciendo en la práctica hasta la aprobación de la Ley 27/99. Aunque –en su opinión– la única posibilidad que excluye toda incertidumbre para el socio es la actuación unipromocional, cooperativas distintas para promociones distintas. Esta solución puede plantearse *ab initio* constituyendo una cooperativa por promoción, o *a posteriori* procediendo a la escisión del patrimonio de la promoción, escisión que debería darse en las fases incipientes de la promoción para evitar problemas derivados del derecho de separación del socio o de la oposición de los acreedores.

93. VILLALUENGA RODRIGUEZ, R. en “Cooperativas de Viviendas y Responsabilidad Patrimonial”; en Las cooperativas de viviendas en España. Desafíos de presente y futuro. Publicaciones Universidad Católica de Avila. Salamanca, 2003 pp. 173-175.

No compartimos esta recomendación porque más que aportar soluciones al problema de las secciones aconseja su desaparición.

Una última cuestión que cabría plantearse es el régimen de responsabilidad aplicable en el caso de una cooperativa que no siendo de viviendas, tenga toda su actividad económica estructurada en secciones. En este caso parece que el régimen aplicable debería ser similar al previsto en el art. 90 de la Ley 27/99, siempre que se cumplieren también las mismas garantías. Esta es la tesis que defendía en su día Santos. Sin embargo, no parece que pueda extraerse esta conclusión tras una interpretación literal de la ley. El legislador ha reservado ese beneficio a los socios de las cooperativas de viviendas y no lo ha hecho extensible a otros socios aunque merezcan el mismo trato. Así pues, en las cooperativas con distintas secciones, parece que el patrimonio de una sección responderá en primer lugar por las deudas generadas en la misma, pero también responderá –entendiendo que hecha excusión del patrimonio general de la cooperativa- por otras deudas, incluso generadas en otras secciones. Hubiera sido necesario incorporar al art. 5 una norma por la cual, en caso de pluralidad de secciones en una cooperativa, los bienes que integran el patrimonio debidamente contabilizado de una sección, no responderán de las deudas de las restantes.

D) DELIMITACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y PASIVA EN EL CONCURSO DE LA COOPERATIVA. PARTICULARIDADES

A la vista de las peculiaridades que ofrece el régimen financiero y económico de la cooperativa, como acabamos de constatar, podemos plantearnos diversas particularidades que presentará el concurso de una cooperativa, sobre todo a la hora de delimitar su masa activa y pasiva.

a) Concurso de cooperativa y responsabilidad de sus socios

Según el art. 76. 1 de la Ley 22/03 que establece el Principio de universalidad: *“Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquieran hasta la conclusión del procedimiento”*.

A estos fines, la administración del concurso reclamará a los socios el desembolso pendiente de sus aportaciones (obligatorias y voluntarias), en el momento y cuantía que estime conveniente (art. 48. 4 Ley 22/03). También podrá reclamar de éstos aquellas otras prestaciones que estuviesen obligados a realizar a la masa de gestión de la cooperativa por su condición de socios (pagos para la construcción o adquisición de la vivienda, bienes para su comercialización, etc.).

Por otra parte, el hecho de que los socios de una cooperativa respondan por las deudas sociales de ésta les legitima para poder solicitar la declaración de concurso de la cooperativa (art. 3. 3º Ley 22/03) pero no amplía la masa activa de éste.

Como vimos, es posible –conforme a la legislación cooperativa- que estatutariamente se amplíe el ámbito de responsabilidad de los socios por las deudas de la cooperativa, limitadamente (responsabilidad suplementaria o adicional) o ilimitadamente. Este último supuesto nunca conllevó la extensión a los socios de la quiebra de la cooperativa⁹⁴; posibilidad reservada exclusivamente para los socios colectivos (art. 923 C. de c.) y desaparecida con la nueva Ley concursal (Disposición derogatoria única, 3º-3).

En caso de concurso de una cooperativa cuyos socios responden por las deudas sociales, no se amplía la masa activa de aquella con la responsabilidad de éstos, sino que, habrá que esperar a la aprobación del convenio o a la liquidación del patrimonio social y, tras comprobar la insuficiencia de la masa activa para satisfacer todas las deudas, podrá el juez, ordenar el embargo de bienes y derechos de estos socios en la cuantía que estime bastante. Este embargo puede sustituirse a solicitud del interesado por aval de entidad de crédito.

Dice al respecto el art. 48.5 de la Ley 22/03 que la acción contra los socios subsidiariamente responsables corresponde a la administración concursal y subsidiariamente a los acreedores.

Por último, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad de los socios será –salvo previsión estatutaria en contra- mancomunada entre ellos, al igual que se prevé para los socios de la sociedad civil⁹⁵.

b) Los patrimonios separados de la cooperativa ante su concurso

Como vimos, podemos encontrar en la cooperativa dos supuestos de patrimonio separado⁹⁶.

Uno lo representa el Fondo de educación y promoción, que es inembargable excepto por deudas contraídas en el cumplimiento de sus fines (art. 56. 5 LC 27/99).

Por tanto, en el caso de concurso de una cooperativa tendremos que excluir dicho patrimonio de la masa activa, como señala el art. 76. 2 Ley 22/03: “*Se exceptúan de*

94. En este mismo sentido se interpretaba por la doctrina italiana. Como dice PROVINCIALI “*en el caso de quiebra de sociedad cooperativa, los socios ilimitadamente responsables no son declarados quebrados*”; en *Tratado de Derecho de Quiebra*. Vol. III. Ediciones Nauta, sa. p. 265.

95. Según el art. 1698 C. c. “*Los socios no quedan obligados solidariamente respecto de las deudas de la sociedad*”. Como dice DIEZ-PICAZO, que no queden obligados solidariamente no excluye en modo alguno toda la responsabilidad de los socios por ellas, que será mancomunada y subsidiaria respecto de la sociedad (*Sistema de Derecho Civil* Vol. II. 6ª ed. Tecnos 1989 p. 528).

96. No conocemos autores que se hayan planteado el concurso o la quiebra de cooperativas y sus consecuencias en relación con sus patrimonios separados. Pensamos que el supuesto es asimilable a la quiebra de la herencia (ROBLES GARZON, J. A *La quiebra de la herencia*. Librería Bosch. Barcelona 1979 p. 27). También se contempla como ejemplo de patrimonio separado la imputación de deudas a la masa activa del concurso. Ver al respecto: GARCIA PEREZ: “Imputación de estas deudas a la masa activa como patrimonio autónomo y separado” en *Las deudas de la masa concursal en el Derecho español y comparado*. Publicaciones de la Caja de ahorros de Avila. 1986 p. 84-90.

lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables". Esta segregación no debe resultar complicada dado que el legislador exige su materialización específica en cuentas de ahorro y títulos de Deuda Pública estatal o emitidos por CCAA (art. 56. 6 LC 27/99).

Cuestión distinta sería si este fondo fuese insuficiente para satisfacer a los acreedores surgidos en el cumplimiento de sus fines. En tal caso, nada impide la comunicación de responsabilidad del resto del patrimonio de la cooperativa. Todo el patrimonio de la cooperativa respondería del cumplimiento de tales obligaciones.

El otro supuesto de patrimonio separado se puede dar en las cooperativas de viviendas que desarrollen más de una promoción o fase (art. 90 LC 27/99).

En estos casos, vimos que existía comunicación entre patrimonio general de la cooperativa y los distintos patrimonios separados de cada promoción o fase, pero había incomunicación entre estos. En tales circunstancias, habrá que determinar qué patrimonio ha resultado insolvente. Si se trata del patrimonio general de la cooperativa, la masa activa se integrará con los bienes de éste y los distintos patrimonios de las promociones y fases. Si por el contrario el patrimonio que ha resultado insolvente es el correspondiente a una promoción o fase, la masa activa comprenderá éste patrimonio más el general de la cooperativa, pero no el correspondiente a las demás promociones o fases. El fundamento de esta segregación se encuentra igualmente en el art. 76. 2 de la Ley 22/03.

Por el contrario, en los demás casos de patrimonios separados pero comunicados entre sí (secciones), no se produce una exclusión de bienes en relación con determinados acreedores, sino una prelación en orden al pago de sus créditos.

c) La cooperativa como mandatario. Consecuencias de su concurso.-

Hemos constatado en las páginas anteriores cómo -salvo posibles excepciones- la cooperativa actúa como mandatario, gestionando bienes y servicios de sus socios o para sus socios.

También hemos comprobado, al analizar la legislación y la jurisprudencia, cómo normalmente esos bienes no son adquiridos en propiedad por la cooperativa aunque contrata sobre ellos en nombre propio, ya que lo hace por cuenta de sus socios. Vimos como la doctrina identifica su actuación como intermediación gestora o mandato sin representación.

En caso de concurso de la cooperativa habrá que tener en cuenta por tanto que en el patrimonio de ésta se encontrarán bienes que son propiedad de sus socios y que posee para su gestión.

Normalmente, las deudas que contraiga la cooperativa serán como consecuencia de esa actividad gestora y en tal caso, los bienes cuya gestión tiene encomendada responderán por dichas deudas. Pero no tiene porqué ser así siempre. Estos bienes sólo responden por las deudas contraídas en la actividad ordinaria de la cooperativa y no por otras responsabilidades que ésta puede contraer. De ser así, habría que plantearse la separación de los mismos de la masa activa del concurso. Tal posibilidad estaba prevista en el Código de comercio, art.909. 4º para la comisión de

compra y en el párrafo 7º para la comisión de venta⁹⁷; y hoy en día se contempla en el art. 80 de la Ley 22/03 según el cual: “*Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos*”.

No será posible la separación si los bienes y derechos hubieran sido enajenados por el deudor antes de la declaración del concurso a tercero de quien no puedan reivindicarse, el titular perjudicado en tal caso podrá optar entre exigir la cesión del derecho a recibir la contraprestación si todavía el adquirente no la hubiera realizado, o comunicar a la administración concursal, para su reconocimiento en el concurso. El crédito que resulte a favor del titular perjudicado tendrá la consideración de crédito concursal ordinario (art. 81 Ley 22/03). En este caso se sustituyen bienes por crédito contra el adquirente o contra la masa, que tendrá la consideración de crédito concursal. García Villaverde critica esta solución, de la que dice: “*Mala manera es ésta de proteger el derecho de separación y habría que pensar si no sería mejor considerar al crédito en cuestión como deuda de la masa*”⁹⁸.

El derecho de separación de los bienes propiedad ajena de la cooperativa, tendrá lugar tanto si han sido adquiridos o enajenados en nombre del socio como en nombre

97. CERDA ALVERO y SANCHO GARGALLO, en relación con la legislación anterior, distinguen muy claramente, en el caso de comisión de compra según se haga en nombre del comitente, en cuyo caso los efectos traslativos se producen directamente entre el tercero vendedor y el comitente; o se haga en nombre propio, en cuyo caso, el comisionista posee la cosa en interés del comitente, por lo que éste es el dueño de ella. En el caso de comisión de venta, distinguen según se haya o no producido la perfección de la venta. Si la venta aún no se ha perfeccionado con el tercero, el comitente conserva el dominio de las mercaderías, y el comisionista está obligado a mantenerlas suficientemente identificadas; si la venta ya se ha perfeccionado con el tercero comprador, éste tiene derecho a exigir la entrega de la cosa vendida, por lo que al comitente solo le corresponde el derecho de exclusión sobre el precio si aún no ha sido satisfecho por el comprador al comisionista. Si el comisionista ha vendido por cuenta del comitente y el comisionista es todavía acreedor del precio ante el comprador, el comitente puede separar este crédito de la masa. Si el pago ya se ha verificado el importe del precio se habrá confundido en el patrimonio del comisionista quebrado, como ocurre cuando la partida está pasada en cuenta corriente entre el comitente y el comisionista, y en tal caso no cabe separación (en *Curso de Derecho Concursal*. Colex, 2000 p. 131-132). Como dicen estos autores, recordamos que el art. 909. 7º excluía la posibilidad de separar las cantidades si estaban pasadas en cuenta corriente, y tenemos que admitir que es frecuente el empleo de cuentas corrientes comerciales entre cooperativa y socios para reflejar y aplazar los numerosos créditos que genera su relación. Sobre las consecuencias que para la quiebra tenía el anotar en cuenta corriente las remesas entre comisionista y comitente, puede verse: SOTO VAZQUEZ, R. en *Aspectos concursales del patrimonio del insolvente*. Granada 1998 pp. 62-69.

98. GARCIA VILLAVERDE., R. “El Anteproyecto de Ley Concursal español del 2000: las bases de una reforma esperada” en *Actualidad Jurídica*. Aranzadi nº 491, 21 junio 2001 p. 5

propio por la cooperativa⁹⁹. A pesar de que el Código civil (art. 1717) y el Código de comercio (art. 246) parecen establecer una especie de incomunicación entre tercero y mandante o comitente, ésta solo tiene efecto obligacional pero no real¹⁰⁰. Como dice recientemente el TS en sentencia de 4 de junio de 2000, en un caso de representación indirecta, es el mandatario quien queda vinculado con los terceros con quienes contrata por cuenta del mandante¹⁰¹; los efectos obligacionales se limitan a éstos; pero los bienes que ha podido comprar o vender por cuenta del mandante, pasan directamente del patrimonio del tercero al mandante y viceversa. Si no fuese así, como dice Gullón, y el mandatario adquiriera la propiedad, en el supuesto de quiebra, el mandante carecería de todo derecho a obtener la separación de las cosas de la masa, porque se partiría de la premisa de que él no es propietario¹⁰². Este derecho de separación consagrado en los arts. 908 y 909 del Código de comercio, debería aplicarse –en opinión de este autor– analógicamente, aunque no medie declaración de quiebra, siempre que los acreedores del mandatario embarguen los bienes que éste adquirió para el mandante¹⁰³.

d) Los socios de la cooperativa como acreedores del concurso.-

Una primera cuestión que debemos plantearnos en este apartado es si los socios pueden ser considerados como acreedores frente a la cooperativa por sus aportaciones a capital. La cuestión, que en principio podría parecer absurda, no lo es tanto si tenemos en cuenta el principio de puertas abiertas y el derecho del socio a separarse de la cooperativa y recuperar su aportación liquidada a capital.

Esta posibilidad –como ya vimos– ha llevado a algunos autores a afirmar que el capital de la cooperativa es un recurso exigible, una deuda¹⁰⁴.

99. En cambio, ARIAS VARONA, F.J. distingue ambos supuestos. En el primero, existiendo relación de representación, los efectos de lo hecho por el comisionista se producen en la esfera del comitente; mientras que si el comisionista actúa en su propio nombre, “será él quien asuma todas las consecuencias jurídicas de los actos que realice”. No obstante, como advierte el autor, el destinatario último de esas actuaciones es el comitente, por lo que éste pretenderá la titularidad de todo lo que tiene el comisionista por efecto de la comisión, y los acreedores de éste querrán negar al comitente el derecho de separación. En tales circunstancias, distingue según el grado de ejecución del encargo. Existirá derecho de separación si no ha existido ningún compromiso con terceros, mientras que si el negocio ya se pactó o se ejecutó, debe resolverse si el comitente tiene derecho de separación o sólo puede reclamar el crédito correspondiente en la quiebra; cuestión sobre la que no llega a pronunciarse (ver en *El derecho de separación en la Quiebra*. Derecho Patrimonial. Ed. Aranzadi, 2001 pp. 234 a 237).

100. Así lo pone de manifiesto DE LA CÁMARA ALVAREZ, M en *Estudios de Derecho Civil*. Ed. Montecorvo, SA. Madrid. 1985 p. 94.

101. Citada por ALBALADEJO, M. en *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*. 11ª ed. Ed. Bosch. 2002 p. 780.

102. GULLÓN BALLESTEROS en “Mandatario que adquiere en nombre propio” en *Estudios en homenaje del Profesor Federico de Castro*, tomo I, 1976 p. 761 y ss.

103. Esta opinión también la comparte DE LA CÁMARA en *Estudios de Derecho Civil* .. op. cit. p. 96 y dice confirmar la STS 18 enero 1896.

104. CELAYA ULIBARRI, A. Acceso de las cooperativas al mercado de capitales. INFES, op. cit. p. 26; o BEL DURAN, P. y FERNANDEZ GUADAÑO, J. en *La financiación propia y ajena* ... op. cit. p. 103 ss.

El borrador de Normas sobre Aspectos Contables de las Sociedades Cooperativas no duda en calificar el capital de la cooperativa como fondo propio (Norma 2. 2), pero en cambio, del capital temporal¹⁰⁵ dice que *“Su naturaleza contable es la de deuda”*(Norma 3. 3). Además, el Borrador de Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) prevé en las normas 32 y 39 todavía pendientes de aprobación por el Consejo Europeo, que un instrumento financiero, cualquiera que sea su forma, si puede ser reembolsable a petición del suscriptor, tiene la consideración de fondo ajeno. Si la interpretación de estas normas puede llevar a la consideración del capital de las cooperativas como fondo ajeno, habría que plantearse también si no merecería el mismo tratamiento el capital social de las sociedades limitadas, donde el socio puede separarse de la sociedad en los casos previstos legal y estatutariamente.

En nuestra opinión, el capital en todo caso se integra en el patrimonio propio de las sociedades y también de las cooperativas, y con el mismo debe hacerse frente a las deudas contraídas.

Entendemos que en su función financiera, dado su carácter variable, puede tener una consideración contable diferente a la que tiene el capital fijo de otras sociedades, pero desde el punto de vista de cifra de responsabilidad para los acreedores, tiene la misma consistencia el capital cooperativo que el capital de otras sociedades, porque para ello el legislador arbitra mecanismos de salvaguarda (reembolso liquidado, responsabilidad del socio que causa baja, etc.). Cuestión diferente es que la legislación estatal y vasca –como vimos- sea defectuosa en la regulación de este tema, a diferencia de sus predecesoras y de otras leyes cooperativas del Estado español. Considero que la solución debe venir a través de su reforma y no de la desnaturalización de esta institución.

En cualquier caso, llegado el momento del concurso de la cooperativa, el capital es en todo caso un recurso propio y los socios (temporales o no) no serán integrados en la masa pasiva del concurso por sus aportaciones a capital.

Sí parece más factible la condición del socio como acreedor por anticipos o retornos acreditados y no recibidos, así como, por los retornos cedidos al Fondo de retornos, por títulos participativos, obligaciones, participaciones especiales (salvo de vencimiento a la liquidación de la cooperativa) o cualquier otra financiación voluntaria que el socio haya realizado a favor de la cooperativa.

En todos estos casos, hay que tener en cuenta la imposibilidad de compensar estos créditos con deudas exigibles al socio¹⁰⁶, excepto –en mi opinión- que se haya compensado automáticamente por su incorporación a una cuenta corriente entre cooperativa y socio, supuesto frecuente, o cuando se hubiera expresamente

105. Capital aportado por los socios denominados de vinculación determinada, introducidos por la LC 27/99 (art. 13. 6).

106. Como era posible en la legislación anterior (art. 926 C. de c.)

previsto que dicho crédito es compensable con deudas del socio, como suele ser normal con los retornos cedidos al Fondo de retornos¹⁰⁷.

En cuanto a la calificación de estos créditos, salvo las participaciones especiales, que tienen la consideración legal de créditos subordinados y otros que también la tengan, legal o contractualmente, los demás créditos de los socios deberían encuadrarse entre los créditos ordinarios y privilegiados.

Sin embargo, la Ley Concursal establece que son créditos subordinados, aquellos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor, entendiéndose entre estas: 1º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera. 2º Los administradores de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. 3º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios (art. 92-5º y 93). Estos supuestos serán muy frecuentes en cooperativas con pocos socios (de trabajo asociado, de servicios profesionales y empresariales) y en las cooperativas de segundo grado.

Esta decisión, novedosa y polémica, entraña que esos créditos se cobrarían al final, después de satisfacer íntegramente a todos los acreedores ordinarios, por lo que las posibilidades de su cobro son pocas, y además, no tendrían derecho a voto en la junta de acreedores (art. 122. 1º. 1).

La subordinación tendría una distinta lógica según se hubiera acordado contractualmente o viniera impuesta por la ley¹⁰⁸. En el primer caso, la subordinación atiende al interés de las partes contratantes, el acreedor recibiría una mejor rentabilidad por el mayor riesgo asumido; mientras que en el segundo caso, la subordinación legal opera en interés de los restantes acreedores del deudor. Se dice que la subordinación legal actúa como instrumento de sanción del fraude en el concurso o de la represión de la sobreinversión. Se trata de un "antiprivilegio" como lo ha definido Rojo.

En el caso concreto que contemplamos, con la postergación legal de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor insolvente, se les está culpando de desplazar el riesgo concursal sobre los restantes acreedores. La medida,

107. En este sentido debe destacarse el art. 58 Ley 22/03 según el cual, declarado el concurso no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. Igualmente, el art. 205 señala que la declaración de concurso no afectará al derecho de un acreedor a compensar su crédito cuando la ley que rija el crédito recíproco del concursado lo permita en situaciones de insolvencia.

108. BERMEJO GUTIERREZ, N. *Créditos y Quiebra*. Civitas. pp. 436 ss.

procedente del Derecho americano ha sido bien recibida por buena parte de nuestra doctrina: Rojo, Garrido, Massaguer o García Villaverde¹⁰⁹.

Pero también ha sido objeto de crítica. En este sentido, Juana Pulgar mantiene que debería replantearse el automatismo, sin posibilidad de impugnación, con que se configura la categoría de los acreedores subordinados por proximidad al deudor. Cuestiona incluso la constitucionalidad de la medida al sancionar al acreedor con independencia de su conducta. Por ello propone que, siguiendo el modelo norteamericano del que procede la técnica de la subordinación, se condicione la misma a la existencia de conducta dolosa o fraudulenta en la persona relacionada con el deudor, sin perjuicio de poder ser contemplados supuestos en los que se presume la existencia de dicha conducta (p. ej. infracapitalización)¹¹⁰.

Para Nuria Bermejo¹¹¹ la norma que comentamos es criticable por sus defectos y por sus excesos. Por sus defectos porque para remover las consecuencias perniciosas de la sobreinversión o del fraude de acreedores no basta con la medida, es preciso eliminar el propio crédito (p. ej. a través de la rescisión); y por sus excesos porque se sanciona a determinados créditos a los que se considera objetivamente perniciosos cuando realmente no lo son. Destaca la autora como en determinados ámbitos –como bien podría ser- las cooperativas, los créditos de los *insiders* son la fórmula habitual de obtención de recursos ajenos. Y en estos casos, al no distinguir la sanción entre los créditos contraídos para defraudar y los que no, se produce un efecto de “sobredesincentivo” que inhibirá el crédito de aquellos y privará a las empresas de una de las fórmulas más económicas de obtención de financiación en el mercado. Las medidas a tomar ante comportamientos defraudatorios, deben ser –en su opinión- la retroacción y las acciones revocatorias concursales y si estos instrumentos son insuficientes, habrá que proponer *de lege ferenda* su reforma.

Suponemos que la nueva medida suscitará todavía más críticas y es que, en efecto, parece que sus efectos son más negativos que positivos. Para evitar posibles fraudes ataca a la única forma de financiación que en muchos casos tienen las pequeñas y medianas empresas y entre ellas las cooperativas.

Por último, nos queda por plantear cual será la posición en el concurso de los titulares de participaciones especiales cuyo vencimiento no tiene lugar hasta la aprobación de la liquidación de la cooperativa. Lo que caracteriza a estos recursos financieros es –como dice la ley- que “tendrán la consideración de capital social”, y sus titulares no serán considerados acreedores sino socios sin derechos políticos, por lo tanto sus “aportaciones” no se incluirán en la masa pasiva del concurso.

109. Una referencia general a esta postura doctrinal puede verse en BERMEJO op. cit. p. 440. También en este sentido: GARCIA VILLAVERDE, (en “El Anteproyecto de Ley Concursal... op. cit. p. 5) afirma además que “También es muy grato comprobar que se les quita el derecho al voto para la aprobación del convenio (art. 121. 1.1º). Como verán Uds., en conjunto, un buen órdago, dado lo que es la situación y la práctica legislativa en nuestro país, que es posible que alguien quiera ver”.

110. PULGAR EZQUERRA, J. “El proyecto de Ley Concursal de 2002: una aproximación crítica”, en Actualidad Jurídica. Aranzadi. nº 550. 24 octubre 2002 p. 8.

111. BERMEJO GUTIERREZ op. cit. p. 438 ss. y en términos similares PAZ-ARES, C. RdS (1994) p. 263.