

17

Revista Jurídica
de Economía Social
y Cooperativa

octubre
2006

 CIRIEC
españa
I.S.S.N.: 1577-4430



**Revista Jurídica de Economía
Social y Cooperativa**

nº 17 octubre 2006

Patrocina:



**MINISTERIO DE TRABAJO
Y ASUNTOS SOCIALES**

DIRECCIÓN GENERAL
DE LA ECONOMÍA SOCIAL,
DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y
DEL FONDO SOCIAL EUROPEO

Colabora:



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

VNIVERSITAT
D VALÈNCIA (QW)

**Institut Universitari
d'Economia Social i
Cooperativa**



CIRIEC-España
Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa

DIRECTOR

D. Francisco Vicent Chulá (*Universitat de València*)

DIRECTORES ADJUNTOS

D. Jesús Olavarría Iglesia (*Universitat de València*)

Dña. Gemma Fajardo García (*Universitat de València*)

CONSEJO ASESOR

D. Justino Duque Domínguez (*Universidad de Valladolid*)

D. Juan Ignacio Font Galán (*Universidad de Córdoba*)

D. Jose Antonio Gómez Segade (*Universidad de Vigo*)

D. José María Suso Vidal (*Universidad de San Sebastián*)

D. José Miguel Embid Irujo (*Universitat de València*)

D. Vicente Cuiñat Edo (*Universitat de València*)

Dña. María Luisa Llobregat Hurtado (*Univ. de Alicante*)

D. Anxo Tato Plaza (*Universidad de Vigo*)

D. Manuel Paniagua Zurera (*Universidad de Córdoba*)

D. Pedro Portellano (*Univ. Autónoma de Madrid*)

D. José Ramón Salelles Climent (*Univ. Pompeu Fabra*)

D. Carmelo Lozano (*Universitat de València*)

D. Marco Antonio Rodrigo Ruiz (*Univ. del País Vasco*)

D. Federico López Mora (*Universitat de València*)

D. Juan Lopez Gandía (*Universitat de València*)

D. Santiago González Ortega (*Universidad Carlos III*)

D. Salvador del Rey Guanter (*Universitat Pompeu Fabra*)

D. Narciso Paz Canalejo (*Abogado*)

D. Alfonso Vázquez Fraile (*Confederación de Cooperativas de Viviendas de España - CONCOVI*)

D. Santiago Merino Hernández (*Asesor Jurídico del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi*)

D. Jordi Agustí i Juliá (*Magistrado del TSJ de Cataluña*)

D. José Enrique Martín Moya (*Caja Rural de Valencia*)

D. Manuel Areán Lalín (*Grupo Coop. Lechero LEYMA*)

D. Ignasi Faura Ventosa (*Abogado, HISPACOOOP*)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN Y DOCUMENTACIÓN

Ana Martínez Benlliure

CIDEC - Universitat de València

MAQUETACIÓN

Sergio Rubio

REDACCIÓN Y DISTRIBUCIÓN

CIRIEC-España

Campus Els Tarongers

Facultad de Economía. Despacho 2p21

46022 VALENCIA

Tel.: 96 356 22 48 / 96 382 84 89-91 - Fax: 96 382 84 92

IMPRESIÓN

GRÁFICAS PAPALLONA Sdad. Coop. V., C/ Pío XI, 40-bajo 46014 - VALENCIA Tel. 96 357 57 00

PORTADA

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

©: CIRIEC-ESPAÑA

I.S.N.: 1577-4430

Depósito Legal: V-1886-1995

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

SUMARIO

COMENTARIOS

- El encuadramiento jurídico de la economía social - introducción al caso portugués. Por Rui Namorado	9
- La fusión de cooperativas en la legislación española. Por I. Gemma Fajardo García	35
- Marco jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España. Por Ana Lambea Rueda	85
- Algunos problemas de nulidad y eficacia del convenio arbitral cooperativo. Por José Luis Argudo Pérez	113
- Régimen jurídico de los nuevos tipos "cooperativos" de Venezuela. Por Alberto García Müller	131

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL. ENERO 2005 - ENERO 2006. Por Isabel Rodríguez Martínez.....	143
--	-----

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL. ENERO 2005 - DICIEMBRE 2005. Por Jesús Olavarría, Gemma Fajardo Rocío Martí y Consuelo Alcover.....	163
---	-----

Índice sistemático.....	165
I. Cooperativas.....	176
II. Sociedades Laborales.....	190
III. Sociedades Agrarias de Transformación.....	193
IV. Mutualidades de Previsión Social.....	196
V. Mutuas de Seguro.....	197
VI. Cajas de Ahorro.....	198
Índice cronológico.....	214

COMENTARIOS Y NOTAS DE JURISPRUDENCIA.

- Tratamiento tributario de las Cajas de Ahorro y principio de igualdad tributaria. Por María Pilar Alguacil Marí	227
- El arbitraje en las sociedades cooperativas. Por Santiago Merino Hernández	230
- Sector público, descentralización productiva y cooperativas de trabajo asociado como empresas "pantalla". Por Frederic López i Mora	234

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

I.	Relación sistemática de disposiciones: Agosto 2005 - Julio 2006	241
II.	Disposiciones de mayor interés	
	- Ley Foral 5/2006, de 11 de abril, de modificación de la Ley Foral 12/1996, de 2 de julio, de Cooperativas de Navarra, para la adición de la regulación de las cooperativas de iniciativa social	279
	- Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal	283
	- Decreto 72/2006, de 30 de mayo, por el que se establecen los procedimientos de arbitraje, conciliación y mediación, en el ámbito de la Economía Social de Castilla-La Mancha.....	307
	- Decreto 50/2006, de 23 de marzo, de modificación del Decreto 261/2002, de 30 de julio, por el que se aprueban las normas reguladoras de las cofradías de pescadores y sus federaciones en Galicia	317
	Índice acumulado.....	321
	Instrucciones para los autores	335
	CIDEC.....	336
	Observatorio Español de la Economía Social.....	337

COMENTARIOS

NAMORADO, Rui

El encuadramiento jurídico de la economía social -
introducción al caso portugués

FAJARDO GARCÍA, I. Gemma

La fusión de cooperativas en la legislación española

LAMBEA RUEDA, Ana

Marco jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea
domiciliada en España

ARGUDO PÉRIZ, José Luis

Algunos problemas de nulidad y eficacia del convenio
arbitral cooperativo

GARCÍA MÜLLER, Alberto

Régimen jurídico de los nuevos tipos “cooperativos” de
Venezuela

EL ENCUADRAMIENTO JURÍDICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL - INTRODUCCIÓN AL CASO PORTUGUÉS

Rui Namorado

Profesor de la Facultad de Economía de la Universidad de Coimbra
Coordinador del Centro de Estudios Cooperativos (Universidad de Coimbra)
Investigador del Centro de Estudios Sociales
Presidente de la Comissão Directiva da Rede Portuguesa de
Formação para o Terceiro Sector

RESUMEN

El presente texto procura analizar el encuadramiento jurídico de la economía social en el caso portugués. A título introductorio se reflexiona brevemente sobre la noción de economía social. Se subraya la importancia de la consagración en la Constitución de la República Portuguesa de un “sector cooperativo y social”, plenamente autónomo, junto a los sectores público y privado. Se analiza en qué medida la economía social corresponde plenamente a aquel sector, teniendo en cuenta tanto lo que les aproxima como lo que los diferencia. Se concluye valorando el encuadramiento jurídico-constitucional de la economía social, cuyos principios se destacan, y se procede a un inventario de los principales textos legislativos comunes que regulan las diversas áreas de la economía social en el ordenamiento jurídico portugués.

PALABRAS CLAVE

Economía social/ Derecho cooperativo/ Empresa social/ Sector cooperativo/ Tercer Sector.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro trabajo abordará un análisis introductorio del encuadramiento jurídico de la economía social en el caso portugués. Debemos dejar claro desde un principio que ninguna ley ni disposición portuguesa consagra expresamente la noción jurídica de economía social, ya sea en el plano de las leyes comunes, ni constitucionalmente. Ahora bien, sí que está prevista la existencia de “un sector cooperativo y social” en nuestra Constitución, como una de las tres posibilidades de propiedad de los medios de producción, junto al sector privado y al sector público. De este modo, las organizaciones productivas existentes han de clasificarse en cualquiera de estos tres sectores y de cada uno de ellos se irradia una normativa propia y diferenciada.

Ahora bien, si existen evidencias empíricas que apuntan hacia una economía social que emerge en contrapunto a lo público y lo privado y lucrativo, es natural que se suscite la cuestión de saber en qué medida se identifica o se distingue del “sector cooperativo y social”.

En este contexto, el camino más obvio nos parece ser el de abordar la cuestión centrándonos en las organizaciones existentes y que asumimos forman parte integral de la economía social, o que al menos son reconocidas empíricamente como tales. Esa pertenencia funcionará como una hipótesis que intentaremos confirmar o desmentir en nuestro análisis. Empero, nuestra intención es comparar también ese conjunto globalmente considerado como “economía social” con el conocido como “sector cooperativo y social”, para demostrar sus coincidencias.

En el cuadro de la comparación reflexionaremos sobre la calificación jurídica de los varios tipos de entidades que se han desarrollado, así como sobre la relación de su calificación con la pertenencia a la economía social. Delinearemos un panorama de su encuadramiento jurídico-constitucional, comentando de modo general las leyes comunes que regulan el sector.

Comencemos, por tanto, intentando discernir en qué medida el “sector cooperativo y social”, consagrado en la Constitución de la República Portuguesa (CRP)¹, corresponde al conjunto de organizaciones designadas como “economía social” para, a continuación, recorrer la temática propuesta y repasar temas relacionados según resulte pertinente a nuestro propósito.²

1. En este texto, y de aquí en adelante, emplearemos la abreviatura CRP para referirnos a la Constitución de la República Portuguesa.

2. Por ejemplo, se podrá hablar de unas sociedades comerciales pertenecientes en exclusiva a una o más entidades integradas en la economía social, lo que nos puede llevar también a analizar lo que ocurre con las sociedades comerciales que mayoritariamente pertenecen a entidades de la economía social. En contrapartida, por alejarse demasiado al objetivo central de este trabajo, no analizaremos la cuestión de si pueden considerarse como integradas en la economía social actividades no lucrativas desprovistas de encuadramiento legal, pese a que se asuman colectivamente.

II. BREVE INTRODUCCIÓN A LA NOCIÓN DE LA ECONOMÍA SOCIAL

II.1. Antes de intentar analizar el grado de coincidencia entre la economía social y el “sector cooperativo y social” en Portugal, nos será útil ofrecer un breve comentario sobre la propia noción de lo que se entiende por economía social. De hecho, pese a estar ante una realidad con un peso e importancia creciente, ni la noción en sí misma ni sus límites llaman a un consenso suficiente como para evitar equívocos y controversias.

En una visión panorámica, podemos decir que la economía social resulta, en ocasiones, una actitud crítica ante las sociedades actuales, o incluso un haz de luz que anticipa un futuro mejor.³ Otros ven en ella, predominantemente, una constelación de organizaciones, sin que esta perspectiva implique necesariamente la negación de las anteriores.

En otro plano, pueden surgir tensiones entre esta última noción, en la que cabe un conjunto de organizaciones de varios tipos, y la que la considera una disciplina científica autónoma, o en vías de autonomizarse⁴. Tensión que puede ocurrir también entre la primera perspectiva y un particular énfasis del carácter social de la economía y que, no olvidemos, podría surgir entre la afirmación de una visión alternativa de la economía en la que estaría implícita una economía social y la visión actualmente dominante.⁵

Estas tensiones pueden traducirse en una creación imperfecta, y no dejan de causar ciertas confusiones. Identifican un fértil territorio de investigación, pese a sugerir un proceso de maduración todavía no acabado.

3. En este sentido, la Economía Social puede considerarse como un movimiento, nacido “de una voluntad de los ciudadanos por construir una sociedad diferente en la cual prime la igualdad de los individuos y en la que disfruten de acceso a todas las riquezas producidas y gocen de las mismas posibilidades de desarrollo integral de la persona” (JEANTET, 2003:25).

4. Véase por ejemplo, Francisco PÉREZ GINER cuando considera que : “La economía social es la ciencia que estudia la actividad económica bajo la perspectiva de su responsabilidad social, con el objeto de poner la economía al servicio de la sociedad, fomentando el desarrollo de las técnicas adecuadas (entre las cuales cabe destacar: la democracia económica, el principio mutualista, la educación popular y el aprovechamiento económico integral de los recursos endógenos ociosos) y de las organizaciones en las que tienen lugar esas técnicas”(2003: 53). Para confrontar su propuesta, consúltese después la definición elaborada por CIRIEC España en los términos expuestos por J.L.MONZÓN, en Zaragoza el 18 de Octubre de 2000: “ *La Economía Social es el conjunto de empresas privadas desarrolladas para satisfacer las necesidades de sus socios a través del mercado, produciendo bienes y servicios, haciendo seguros o financiando, y en las cuales la distribución de los beneficios y la toma de decisiones no están ligadas directamente al capital aportado por cada socio, correspondiendo un voto a cada uno de ellos. La Economía Social también incluye a las instituciones sin ánimo lucrativo que no son productoras en el mercado privado, que no son controladas por las administraciones públicas y que producen servicios no destinados a la venta para determinados grupos de familias, procediendo sus recursos principales de las contribuciones efectuadas por las familias en su calidad de consumidoras, de pagos de las administraciones públicas y de rentas de la propiedad*” (2003: 56).

5. Para una información amplia y variada sobre toda esta problemática, puede ser de provecho consultar el “*Dictionaire de l'autre économie*” (2005), dirigido por Jean-Louis LAVILLE y António David CATTANI.

En suma, es legítimo ver en la economía social una constelación de esperanzas⁶, una multiplicidad solidaria de iniciativas que no baja los brazos ante la atmósfera de desastre que impera en el presente, ni desiste ante la ley del más fuerte que se disfraza de ciencia económica para secuestrar el futuro.⁷

Observando el caso portugués en sus progresos más recientes⁸ hacia la economía social como realidad potencial e idea viva, encontramos la marca indeleble del legado de la Francia de principios de los años 80 del siglo pasado: una serie de elecciones presidenciales ganadas por François Mitterrand. Fue en aquellos años cuando el conjunto de las cooperativas, mutuas y asociaciones, habiendo trenzado entre sí una red de cooperación y siendo conscientes de la noción aquí tratada, asumió una dinámica verdaderamente afirmativa.

Como consecuencia, diversos países europeos iniciaron un avance por caminos semejantes, con particularidades relevantes en algunos casos, mientras que otros resistieron la emergencia del nuevo concepto⁹. Partiendo de un modelo u otro, la economía social acabó por conquistar un espacio propio en el seno de la Unión Europea, teniendo lugar bajo su cobertura diversas conferencias europeas.¹⁰

Fue particularmente en los países anglosajones donde la no-lucratividad ganó relevancia como elemento distintivo entre un conjunto de organizaciones que recibía un tratamiento autónomo, ya fuese en la esfera pública, o en la empresarial-privada dominante.¹¹

6. Consúltese NAMORADO, 2004.

7. Una obra pionera, *Pour un Traité d'Économie Sociale*, y en el mismo sentido el mensaje esencial de Henri DESROCHE, cuando afirmó que: "Esta pluralidad creadora (de trabajo, de empleos, de sociabilidad, de libertades equitativas, de equidades libertadoras) no deja de tener flaquezas y debilidades. Aún así, es también un potencial y una fuerza, la resultante de una reacción en cadena o por decirlo de otro modo, de un contagio de virtuosidades"(1983: 253). Más tarde, desarrollando el concepto de la energía utópica de la economía social, cita a FOURIER ("*Se empieza por decir que algo es imposible para dejar de intentarlo y así se convierte en imposible porque no se intenta*"), concluyendo que no se ha de "sucumbir a la tentación, tardía o prematura, del imposibilismo" (Ibid.: 254).

8. Como puede verse en NAMORADO (1988: 13), en el inicio del siglo XX, la expresión ya había tenido una apreciable notoriedad en Portugal.

9. Para una visión en conjunto, puede consultarse *Les Organisations Coopératives, Mutualistes et Associatives dans la Communauté Européenne*, Bruselas, Editions Delta, bajo responsabilidad del CESCE (Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas), publicado en 1986. Para una perspectiva más reciente consúltese, *La Economía Social Europea*, de Thierry JEANTET(2003-2ª ed.), cuya edición original fue publicada en Francia, en 1999.

10. Se celebraron dos conferencias en Portugal: una en 1992 y otra en 2000.

11. Esta vía representa, para Portugal y para la gran parte de los países de la Unión Europea, un factor de gran confusión una vez que, estando basado en un concepto de lucro demasiado amplio, excluye a las cooperativas (o a una buena parte de ellas) del sector no lucrativo. En Portugal, a modo de ejemplo, una de las características estructurantes de las cooperativas, consagrada en la ley, es precisamente, la falta de ánimo de lucro, siendo además el subsector cooperativo el elemento nuclear de la economía social. Portugal tomó esa senda en diversas ocasiones. Véase por ejemplo, el *Prefácio da colectânea de leis sobre el "Sector não lucrativo"*, escrito por los respectivos organizadores, Raquel Campos FRANCO y Rui Hermenegildo GONÇALVES (2006: 20). La referida autora, en el *Relatório de un Projecto Internacional*, liderado pela JOHNS HOPKINS UNIVERSITY, de cuya parte portuguesa fue la coordinadora ("*O sector não lucrativo português nuna perspectiva comparada*"), adoptó idéntica perspectiva. (2005: 5 y ss.).

La emergencia de toda esta problemática suscitó la necesidad de valorización holística de un Tercer Sector junto a los sectores público y privado. Ahora bien, la expresión "Tercer Sector", no siempre se aplicó siempre con el mismo significado. En ciertos casos se asumía como solución temporal, útil hasta haber refinado una doctrina válida o la maduración de una realidad (o ambos) capaces de apuntalar otra solución más consensuada y menos vacía de un verdadero contenido. En otros casos, mientras tanto, se favorecía la exclusividad entre la dicotomía Estado-Mercado, situando al Tercer Sector como algo lejano a ambos.¹²

Recientemente, ha tomado cuerpo una noción próxima a la economía social, la de economía solidaria¹³. En ocasiones se intentó identificar como complemento de la primera, como alternativa¹⁴; como resurrección de una pureza perdida¹⁵; y en casos más raros, como mero sinónimo que, en el ínterin, subrayaba la vocación solidaria de la economía social.¹⁶

Mediante la interacción de todas estas perspectivas y a través del protagonismo de los varios tipos de organizaciones con las políticas públicas capaces de incidir en el sector, se fueron afirmando diversos vectores de caracterización. En algunos casos se ha analizado un abanico de organizaciones, en otros se ha valorado una lógica no lucrativa, mientras que incluso llegó a apostarse por el carácter social de los objetivos.

Una vez las organizaciones obtuvieron cierto grado de centralidad organizativa, se propusieron diversos tipos de límites para poder clarificar cuáles pertenecían realmente a la economía social. Ello tuvo lugar, en ocasiones, por causas de democracia interna, en otras por la autonomía de decisión, y en otras por la filosofía no lucrativa anteriormente mencionada. Quizás, en el fondo, estemos presenciando la dificultad de conjugar la efectiva existencia de una constelación de tipos de orga-

12. Mal comprendido, este pensamiento también puede excluir a las cooperativas del Tercer Sector.

13. Cf. SINGER, 2002: passim; y ALCOLEA-BURETH, 2004: passim.

14. Véase por ejemplo, "*Pour un économie alternative et solidaire*", del COLLECTIF MB 2, en cuya *Nota de Abertura* se dice: "la economía alternativa y solidaria, una utopía? ¡Sí! Pero una utopía creadora con raíces en la experimentación y que florece por su reciprocidad. En una palabra, un nuevo humanismo." (2001:5).

15. Como afirma Bruno GUIGUE: "La economía solidaria, es en primer lugar una verdadera economía, una *oikonomia*, una actividad social que pretende satisfacer las necesidades reales y cuyo límite natural queda fijado por sus mismas necesidades. Privilegiando el valor de uso, rechaza la dominación del valor del trueque. Alérgica al individualismo, se rige por un proyecto colectivo y no por la búsqueda del lucro egoísta" (2001: 69).

16. En un plano más discreto, más difuso y menos reciente, subsisten algunos ecos de una noción de economía social que designa las actividades económicas, públicas y privadas, implicadas en la prestación de servicios. Véase por ejemplo el campo de la educación y de la salud o hasta las problemáticas directamente ligadas al trabajo y la protección social. En un plano todavía más circunscrito, la economía social se restringe en ocasiones a algunos servicios, y a empresas e iniciativas de reinserción social, así como a ciertas actividades de apoyo social.

nizaciones relacionadas entre sí sinérgicamente con un abanico de prácticas de naturaleza económica semejantes entre sí e igualmente vivas en el ámbito de una complejidad capaz de incorporar por completo ambas realidades.¹⁷

II.2. ¿Qué quiere decir todo esto en el caso portugués?¹⁸ El concepto de economía social, como base para el auto-conocimiento de las organizaciones que supuestamente abarca ha hecho camino sin haber alcanzado una verdadera legitimidad. Su convivencia con nociones alternativas anteriormente enumeradas indica que aún existe un debate abierto que rodea a toda la problemática que estamos comentando. Ello no impidió el crecimiento del número de investigadores portugueses interesados en la economía social¹⁹, ni el mayor número de eventos que muestran su creciente aceptación por parte de diversos tipos de organizaciones.

Al hablarse de economía social en Portugal no puede olvidarse el hecho de que la gran mayoría de organizaciones que pueden caber dentro de esta definición pertenecen a un “sector cooperativo y social” ya consagrado en la CRP. Paralelamente, tan importante es constatar esa coincidencia como no dejar de tener en cuenta que tampoco es un concepto completo.

17. Quizá valga la pena abordar la noción de la economía social desde otro ángulo. El aumento de la intervención del Estado en la economía, en la primera mitad del siglo XX ayudó a dar consistencia a la afirmación de un sector público. Puede hablarse de la existencia en esos días de una economía mixta en la cual cupo con naturalidad el desarrollo autónomo del conjunto de las cooperativas, el cual, elevado también a la categoría de sector, subrayó así el carácter mixto del sistema. La ofensiva neo-liberal, intensificada durante los años 80 del siglo XX y todavía en curso, al consubstanciar una visión unidimensional de la economía, presionó el carácter mixto del sistema económico. Por ello puede decirse que la afirmación de la economía social como territorio conceptual específico y galaxia organizativa autónoma, en cierto sentido, surgió contracorriente. ¿O acaso surgió precisamente contra esa “corriente”, precisamente para contrariarla? ¿Se trata de un germen alternativo surgido en el momento de esplendor de una nova hegemonía?

18. Para una visión panorámica de esta cuestión consúltese entre otros, los estudios pioneros de Fernandel Ferreira da COSTA: “As cooperativas e a economia social”(1986) y “Contributo português na ideação de uma economia social”(1991). Merece también referencia: Que Perspectivas para a Economia Social em Portugal? (1989). Entre las publicaciones más recientes recomendamos: “O terceiro sector em Portugal: delimitação, caracterização e potencialidades” (2001), de Francisco NUNES, Luís RETO y Miguel CARNEIRO.

19. Consúltese PAIVA, 2001: 105 y ss.

III. LA ECONOMÍA SOCIAL Y EL SECTOR COOPERATIVO Y SOCIAL

Abordemos ya la cuestión de saber si existe una completa coincidencia entre la economía social y el sector cooperativo y social en los términos descritos en la CRP.²⁰ En general podría decirse que sí, mas con ciertas reservas que mencionaremos a continuación.

De hecho, todo el sector cooperativo y social está englobado en la economía social, pero puede haber entidades que, aún siendo consideradas parte integrante de la economía social, se encuentran fuera del referido sector, según lo delimita la CRP. Se trata de una pequeña parte, pero consideramos prudente tenerla en cuenta. Así, para conocer los encuadramientos jurídicos de la economía social, debe partirse de un análisis, aunque no sea exhaustivo del sector cooperativo y social de acuerdo con la CRP.

El sector cooperativo y social se desdobra en dos vertientes, una cooperativa y otra social. La primera corresponde al subsector cooperativo y a la segunda corresponden tres subsectores: comunitario, autogestionario y solidario (art.º 82).²¹

El subsector cooperativo está constituido por los “medios de producción poseídos y gestionados por cooperativas en obediencia a los principios cooperativos” (art. 82, párrafo 4, al. a), incluyendo de este modo a todas las cooperativas de todos los ramos. El mismo precepto, al ser matizado por la frase “sin perjuicio de las especificidades establecidas por una ley para las cooperativas con participación pública, justificada por su especial naturaleza”, pasó a incluir en ella también a las cooperativas gestionadas por la Administración²².

20. El punto de vista escogido en nuestro trabajo para tratar la economía social no es el único posible. Nuestra elección implica la resolución de una cuestión previa implícita que de esta manera se presupone: cuando en nuestro trabajo hablamos de economía social nos referimos a un conjunto de organizaciones, no tipificamos actividades. Esta perspectiva nos parece la más útil. Tiene una traducción efectiva y parcialmente asumida en el tejido socio-económico concreto, siendo también la que mejor se adecua a un punto de abordaje predominantemente jurídica.

21. Los artículos mencionados de aquí en adelante, sin indicación de proveniencia, pertenecen a la CRP..

22. Con la introducción de este inciso en la Revisión Constitucional de 1997 se corrigió una incongruencia existente en relación a las cooperativas pertenecientes a la Administración, también conocidas en Portugal como cooperativas de interés público. De hecho, siendo la obediencia a los principios cooperativos un imperativo constitucional, las entidades portuguesas que lo desobedezcan, quedan fuera del “sector cooperativo y social”. Ahora bien, forma parte de la propia naturaleza de las cooperativas gestionadas por la Administración no funcionar en cumplimiento con uno o más de los principios cooperativos, debido al hecho de que en ella participan entidades públicas. Así, antes de 1997, las cooperativas gestionadas por la Administración estaban fuera del subsector cooperativo, lo cual representaba una clara anomalía. Por ello, el referido proceso de revisión constitucional abrió la posibilidad de que en la CRP se expresase claramente la autorización para que las cooperativas gestionadas por la Administración pudiesen no cumplir con la totalidad de los principios cooperativos, una medida en la que esa no conformidad refleja la particularidad de las participaciones públicas en las organizaciones que estamos estudiando. Hoy en día, y a la luz de la CRP, las cooperativas gestionadas por la Administración forman parte del sector cooperativo y social.

El subsector comunitario engloba “a los medios de producción comunitarios, poseídos y gestionados por comunidades locales” (art. 82, párrafo 4, al. b). En el subsector autogestionario se da cabida a “los medios de producción objeto de explotación colectiva por parte de los trabajadores” (art. 82, párrafo 4, al. c). El subsector solidario comprende “los medios de producción gestionados por personas colectivas, sin carácter lucrativo, que tengan como principal objetivo la solidaridad social, particularmente entidades de naturaleza mutualista” (art. 82, párrafo 4, al. d).

Por lo tanto, todas las cooperativas y todas las asociaciones mutualistas forman parte de la economía social. Lo mismo sucede con las entidades integradas en el subsector comunitario y con todas las entidades con explotación colectiva por parte de los trabajadores. Se integran en la economía social las asociaciones y las fundaciones que tengan “como principal objetivo la solidaridad social”, ya que por su propia naturaleza el lucro no puede ser su objetivo.²³

En contrapartida, las asociaciones y las fundaciones que no tengan como objetivo la solidaridad social y que no pertenecen al sector cooperativo y social ¿podrían incluirse en el concepto de economía social?

La respuesta a esta cuestión ha de ser, inicialmente, aproximativa y provisional puesto que el propio concepto de economía social aún es tema de discusión y no está “estabilizado”. Quizás nos aproximemos a una respuesta aceptable si enumeramos adecuadamente las preguntas previas y exploramos algunas hipótesis.

Comencemos por preguntarnos sobre la posibilidad de situar a las asociaciones y fundaciones dentro del sector cooperativo y social, cuando la solidaridad social no fuese su único objetivo, ni tan siquiera el principal. Una primera hipótesis podría apuntar a la apreciación de la predominancia de un objetivo, equiparándolo a la exclusividad como factor determinante de pertenencia al referido sector. Ahora bien, la aplicación viceversa se deberá entender, en casos en los que la solidaridad social fuese un objetivo secundario, dentro del abanico de finalidades que una de las entidades puede perseguir.

Resultará también importante saber si es suficiente cualquier otro tipo de finalidad social para aceptar una relación de pertenencia a la economía social en el caso de las asociaciones y fundaciones, pese a no ser suficiente como elemento de conexión al “sector cooperativo y social”. Nos parecería razonable una respuesta afirmativa, puesto que no parece lógica una razón por la cual considerar la solidaridad social como factor de pertenencia a la economía social y denegar ese estado a cualquier otro tipo de finalidad social.

Si así fuera, existe un conjunto de organizaciones que están dentro de la economía social pero que se sitúan fuera del sector cooperativo y social. Por ello, en este conjunto debemos que distinguir entre entidades que realizan una actividad económica y las que no.

23. De acuerdo con el art. 157º del Código Civil portugués.

En realidad debemos preguntarnos si pertenecen a la economía social todas las entidades que cumplen con los objetivos mencionados, desempeñen o no una actividad económica. De ser así, y en consonancia con la ordenación jurídica portuguesa, todas las fundaciones poseen, necesariamente, "interés social"²⁴, y todas formarían parte de la economía social.

Paralelamente, y dado que en el caso portugués todas las asociaciones, por definición, "no tienen como fin el lucro económico de los asociados"²⁵, ¿se podría equiparar el "interés social" de las fundaciones y la ausencia de finalidad lucrativa para considerar que también todas las asociaciones son parte de la economía social? O, para que así sucediese ¿sería un requisito que las asociaciones, además de no tener fines lucrativos, tuviesen también una finalidad social?

Bajo el riesgo de dejar sin contenido la expresión "economía social", parece que únicamente deben ser consideradas las organizaciones que realicen actividades económicas, entendidas aquí en su máxima amplitud, de modo que abarquen naturalmente la producción de bienes y la prestación de servicios, en una racionalidad que implique la maximización de los resultados, la contención de los costos y la reproductibilidad de las virtualidades productivas.

En este punto, tiene sentido plantearse una cuestión tangencial, pero que puede dar pie a relevantes consecuencias prácticas: ¿Bastará que las fundaciones y las asociaciones sean titulares de participaciones sociales en una sociedad comercial detentora de una empresa para asumir automáticamente que tienen actividad económica? Parece ser que sí, en caso de ser titulares de la mayoría o la totalidad de las participaciones sociales. Si su posición fuese minoritaria, el caso sería más dudoso, pero se admite que en casos especiales cuando la posición minoritaria no deje de implicar claramente un protagonismo empresarial efectivo, podría ocurrir.

Otra cuestión relativamente tangencial es la de saber si puede haber entidades públicas integradas en una economía social. Pensamos que no, pues supondría una separación completa entre las perspectivas de la economía social y la que llevó a la existencia de un "sector cooperativo y social", según lo concibe la CRP. Separación inaceptable ya que se traduciría en una desvalorización de su estructura tripolar (público, privado, cooperativo y social). Asimismo, sería causa de desenraizamiento de la economía social de su contexto jurídico-político en Portugal.

Bien diferente resulta atribuir importancia a la proximidad y a la interacción entre la economía social y las políticas públicas de desarrollo local, a la luz de un particular protagonismo de las autarquías locales. En verdad, y siendo positiva esa creciente importancia, no es cuestión que interfiera con la proposición anterior²⁶.

24. Al delimitar el campo de aplicación del capítulo del Código Civil que se ocupa de las "Personas colectivas", el art.º 157 dispone que: "Las disposiciones del presente capítulo son aplicables a las asociaciones que no tengan por fin el lucro económico de los asociados, a las fundaciones de interés social, y también a las sociedades, cuando lo justifique la analogía de las situaciones".

25. Como puede verse por la nota anterior.

26. Lo mismo sucederá con las empresas de inserción social con una naturaleza marcadamente pública.

Paralelamente, es muy relevante preguntarse sobre la posibilidad de que existan entidades privadas con fines lucrativos que asuman la forma jurídica de sociedades comerciales y que puedan ser consideradas parte de la economía social.

Si son autónomas, es decir, si únicamente representan la unión de personas físicas o de otras sociedades estructuradas para asumir su titularidad conjuntamente, podemos decir que no. Lo mismo acontecerá si pertenecen a entidades colectivas integradas en el sector privado o a entidades integradas en el sector público. En este caso debemos tener en cuenta caso particular de las cooperativas gestionadas por la Administración²⁷, las cuales, siendo consideradas como parcelas del "sector cooperativo y social", no pueden dejar de ser consideradas como parte en la economía social.

No obstante, si de las participaciones sociales de una determinada sociedad comercial fuesen titulares entidades integradas en la economía social (cooperativas, fundaciones o asociaciones), la respuesta parece que debería ser afirmativa. De hecho, pese a que en este caso la lógica interna de la sociedad comercial siga siendo necesariamente lucrativa, revirtiendo sus lucros en el patrimonio de cada una de las entidades que son de ella titulares, en éstas, en última instancia, apenas puede aplicarse un deseo de prosecución de los fines específicos de ese tipo de empresas.

Por lo tanto, en los términos expuestos, la economía social en su conjunto abarca: 1) todo el sector cooperativo y social, tal como lo consagra la CRP; 2) otras fundaciones que desempeñen una actividad económica; 3) otras asociaciones con finalidades sociales que desempeñen una actividad económica; 4) sociedades comerciales cuyas participaciones sociales pertenezcan a entidades integradas en el "sector cooperativo y social" o que pertenezcan al tipo de entidades anteriormente mencionadas.²⁸

Bajo esta perspectiva, por lo tanto, llevar a cabo una actividad económica es una condición necesaria para considerar que una organización pertenece a la economía social.

27. Recuérdese que una de las características de las cooperativas gestionadas por la Administración es el hecho de que implican la participación de entidades públicas que cuenten con ese estatus.

28. No se puede distinguir, como ocurre con las asociaciones y las fundaciones, entre sociedades comerciales que desempeñan una actividad económica y otras que no, puesto que si existiesen entidades privadas sin actividad económica, no podrían asumir la forma de sociedad comercial de acuerdo con el art. 980º del Código Civil portugués.

IV. LAS EMPRESAS SOCIALES Y LA ECONOMÍA SOCIAL

Existe otro punto de vista que puede resultar de utilidad en nuestro análisis. Se trata de desarrollar la *empresarialidad* de una organización como clave del problema: la *empresarialidad* en lugar de la *economicidad*.²⁹ Considerándolo así, la economía social sería el conjunto de las empresas sociales.

Así, si consideramos la *empresarialidad* como condición para poder pertenecer a la economía social, será lógico asumir que únicamente en las empresas sociales tiene lugar un tipo de *empresarialidad* generador de esa pertenencia. No deberíamos preocuparnos de la *economicidad* de una actuación, pero sí de la *empresarialidad* de las organizaciones cuyo protagonismo está en juego. Es decir, las organizaciones sociales que no fuesen empresas quedarían fuera de la economía social, ocurriendo lo mismo, naturalmente, con las empresas que no fuesen sociales.

Siguiendo este enfoque, tiene sentido tratar de saber cómo se relacionan las cooperativas con las empresas sociales. Cuando hablamos de empresas sociales ¿pensamos también en cooperativas o únicamente nos estamos refiriendo a los otros tipos de empresas de la economía social? ¿O acaso son las cooperativas un tipo autónomo de empresas que participan con las empresas sociales en el espacio empresarial que no es público ni privado-lucrativo?

Repasando los puntos concretos a través de los cuales hemos visto la afirmación de lo que constituye una empresa social, no tiene sentido excluir a las cooperativas. Empíricamente, parece claro que las cooperativas deban formar parte de las empresas sociales.³⁰ Forman una importante región autónoma de un territorio más amplio. Ahora bien, si las cooperativas son una parte diferenciada de un todo, además de ser legítimo que se evalúe esa diferenciación, no puede dejar de darse importancia a la parte no cooperativa de ese todo.

En el caso portugués puede hablarse de empresas sociales dentro de dos acepciones: en el sentido amplio en el que se abarca también a las cooperativas y en sentido restringido, en el que se las deja fuera. Por decirlo de otro modo, existen dos subcategorías dentro de las empresas sociales: las empresas sociales de naturaleza cooperativa y las empresas sociales propiamente dichas. Esta posición es la

29. Puede tratarse también de un simple cambio de punto de vista que no implique modificaciones sustanciales. De hecho, si se asume que la *economicidad* es el núcleo de la *empresarialidad*, se estará dejando de dar importancia al tipo de actividad que estamos estudiando para dar prioridad el tipo de organización que la haga crecer.

30. En el proyecto internacional de la UCE, en el que participé en conjunto con otros investigadores del Centro de Estudios Cooperativos de la FEUC, fue necesario apurar el contenido y el ámbito de la noción de empresario social. Se estudiaron en las investigaciones integradas en el proyecto, cooperativas y otros tipos de empresas sociales en Portugal, Francia, Bélgica e Italia. Se verificó que las competencias exigidas a los empresarios de todas esas entidades eran del mismo tipo, confirmándose que tiene sentido abordarlas en conjunto, sin que ello signifique un menosprecio por las particularidades de las diversas especies de empresas sociales y, en especial, de las cooperativas como una de esas especies.

que más plenamente se compatibiliza con el perfil delineado por la CRP para el espacio empresarial que no es público ni privado-lucrativo.

Todo esto, pese a ser relevante, no esclarece por completo lo que debe entenderse por empresa social. Sin la pretensión de llegar a una posición definitiva e inexplorable, hemos optado por intentar ofrecer no la esencia lógica de un concepto, sino la simple delimitación de un campo.

Bajo esta perspectiva, lo más esclarecedor parece ser una delimitación por la negativa, a partir de la exclusión de los diversos tipos de empresas cuyo perfil, desde un punto de vista jurídico, esté ya claramente adquirido. De este modo, serán empresas sociales todas aquellas que, no siendo públicas, tampoco tengan por finalidad repartir lucros. Quedarán por tanto excluidas de la categoría todas las empresas con fines lucrativos, ya sea su titularidad individual o colectiva.

No obstante, debe tenerse en cuenta en este último caso una situación particular: el hecho de que la titularidad de una empresa pertenezca a una sociedad comercial cuyas participaciones sociales están detentadas por entidades pertenecientes a la economía social.

En estos casos estamos ante una empresa social³¹, ya que pese a que su principio activo o su lógica funcional sea la obtención de lucro, los resultados obtenidos no son repartidos entre los miembros de las entidades titulares de la sociedad, puesto que de hecho son verdaderos fondos irrepartibles.

La noción de empresa social está limitada en la negatividad por dos vectores: 1) no ser pública; 2) no ser compatible nunca, en última instancia, con la apropiación de sus eventuales lucros por parte de personas, aunque estos lucros sean generados en el decurso de su circuito económico interno.³²

Bajo esta línea de pensamiento, son empresas sociales, en el cuadro jurídico portugués: 1) las entidades productivas integradas en el sector cooperativo y social; 2) las fundaciones y las asociaciones que actúen, directa o indirectamente, como empresas; 3) empresas regidas por sociedades comerciales, cuyas participaciones

31. No pareciendo ser congruente ninguna otra solución, sería imprudente menospreciar las dificultades conceptuales y las incertidumbres doctrinales que subsisten en este terreno. Es un campo en el cual sería conveniente iniciar una nueva perspectiva interdisciplinaria y una nueva imaginación jurídica.

32. Pueden ser apropiables en el caso de las entidades colectivas, pero no se pueden repartir individualmente a sus miembros. Por ejemplo, en la actividad de una sociedad comercial participada por varias cooperativas presidirá indiscutiblemente una lógica de lucro, por lo que habrán de repartirse dividendos con toda naturalidad a las cooperativas titulares de esa sociedad. Sin embargo, nunca podrán revertir individualmente como excedentes para los miembros de esas cooperativas. A la luz del derecho vigente, parece ser éste el camino, con todo, y tal vez fuese útil construir un nuevo cuadro jurídico que proporcione a las cooperativas instrumentos de agilización propios, de modo que sea evitable recorrer figuras y caminos que les son extraños.

sociales sean detentadas en su totalidad por entidades incluidas en los puntos números anteriores.³³

Otra cuestión que apenas hemos tratado es saber lo que distingue a las asociaciones y las fundaciones consideradas como empresas sociales de las que no lo son.

La respuesta más rápida parece ser la de usar un concepto genérico de empresa dentro del cual puedan subestructurarse todos los tipos de empresa, quedando así claro cuáles son las organizaciones que no puede abarcar.

En el caso portugués, podemos seguir a Orlando de CARVALHO en su proposición de concepto de empresa genérica: "una organización de factores productivos que constituyendo una forma relativamente estable del ejercicio de una actividad de producción (entendida, evidentemente, en un sentido amplio) con vistas a la obtención de una ganancia o de un excedente socialmente legítimo, se inserta en el proyecto de transformación de la economía según lo prevé la Constitución de la República y lo ejecutan las leyes, y obedece al principio de racionalización, planificación, adecuación a la finalidad y contabilidad, presentándose como un centro autónomo de imputación de responsabilidad económica y jurídica o, por lo menos, como un medio funcionalmente diferenciado de establecer el encuentro entre la oferta y la demanda" (1977:7).

Se trata de una noción que sigue siendo consistente y actual si le retiramos la parte en que, como un anhelo, pregona: "se inserta en el proyecto de transformación de la economía según lo prevé la Constitución de la República y lo ejecutan las leyes", reflejo directo del impulso transformador del 25 de Abril de 1974, presente en toda su amplitud en la Constitución de 1976. Drásticamente, se trata de un impulso cuya expresividad jurídico-constitucional fue recortada por las revisiones constitucionales de 1982 y 1989.

Ahora bien, si omitimos este aspecto de la noción propuesta, no eliminamos substancia al sentido y sin él se mantiene plenamente válido. Es una noción que se asienta sobre cinco ejes principales.

En el primero se pone de manifiesto, como elemento básico de la identidad de cualquier empresa, el hecho de que estamos ante una organización de factores productivos.

A continuación se precisa que esa organización, para poder ser considerada como empresa, debe desarrollar una actividad productiva con un mínimo de estabilidad.

33. Y si esas participaciones sociales fuesen detentadas, no en una totalidad, pero sí mayoritariamente por ese tipo de entidades? Podemos caer en la tentación de responder inmediatamente que, en esos casos, también serían las empresas sociales, siempre y cuando esas participaciones fueran minoritarias. Hemos de tener cuidado y tratar las particularidades de cada caso, dando preeminencia a la hegemonía real interna de las entidades integradas en una economía social y no desarrollando únicamente una estricta aritmética del número de votos.

Sin demora, sigue el tipo de objetivo, propio de una empresa: Debe representar "una ganancia" o "excedente socialmente legítimo".

Podríamos discutir la completa pertinencia de las expresiones utilizadas, pero parece clara la intención de Orlando de CARVAJO de rechazar la idea de que el lucro es un elemento sine qua non de la noción de empresa. Del mismo modo, y al referirse a los excedentes, parece haber querido subrayar la pertenencia de las cooperativas al conjunto de las empresas.

Seguidamente, intenta enfatizar el hecho de que la empresarialidad excluye necesariamente la búsqueda desordenada de un fin, una vez que implica un comportamiento racional en el cual destacan tres ejes dominantes: planificación, adecuación a la finalidad y contabilidad.

Por último, se considera como elemento de empresarialidad el modo en el cual una organización se relaciona con su exterior. Debe asumirse como una diferenciación de su responsabilidad, no sólo económica sino también jurídica, aunque se admita reconocer también la calidad empresarial a medios funcionalmente diferenciados "de establecer el encuentro entre la oferta y la demanda", pese a que no sean destinatarios de una responsabilidad autónoma.

Tomando como base esta noción de empresa en general, puede comprenderse el hecho de que haya fundaciones o asociaciones que no son empresas sociales y que resulta precisamente del hecho de que no son empresas. Si entendemos lo que caracteriza a las empresas como empresas sociales y las coloca en el ámbito de la economía social, queda claro que no forman parte de ella pues no se rigen por una lógica empresarial.

Intentando concluir con una síntesis de lo que aquí se ha dicho de un modo más estructurado, puede afirmarse que, en el caso portugués:

- al desarrollar la noción de "sector cooperativo y social" existe una concepción jurídico-constitucional autónoma que abarca a casi toda la economía social;
- ninguno de los tipos legales de personas colectivas está globalmente excluido de la economía social, aunque las sociedades comerciales lo estén del "sector cooperativo y social";
- la economía social no abarca a las empresas públicas ni a los órganos de la administración pública.

V. EL ENCUADRAMIENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL SECTOR COOPERATIVO Y SOCIAL

V.1. Como ya mencionamos, el “sector cooperativo y social” según lo define la CRP, no abarca a toda la economía social. La parte de la economía social que existe fuera de ella es pequeña, por lo que podemos considerar que sus componentes más significativos entran dentro del sector foco de nuestro trabajo. Por tanto, en el caso portugués, el análisis del encuadramiento jurídico de la economía social implica, obviamente, y como aspecto determinante, una atenta observación a las disposiciones que sobre este sector realiza la CRP.

Adelantemos que no existe una completa simetría en el relieve constitucional atribuido a las dos vertientes del “sector cooperativo y social”. De hecho, aunque la vertiente cooperativa corresponda únicamente a uno de los dos subsectores (el cooperativo) y la vertiente social abarque los otros tres (el comunitario, el autogestionario y el solidario), es más amplio el conjunto de artículos que tratan del subsector cooperativo. Las referencias específicas a cualquiera de los subsectores integrados en la vertiente social ciertamente son residuales.

Entre los artículos que inciden sobre el conjunto del sector cooperativo y social, el precepto nuclear es el art.82º, el cual consagra y caracteriza los tres sectores de propiedad de los medios de producción existentes: público, privado, cooperativo y social. Especifica, asimismo, los cuatro subsectores de este último: cooperativo, comunitario, autogestionario y solidario (los cuales, como vimos, se agrupan en dos vertientes, una cooperativa y otra social). Reconoce la coexistencia entre los tres sectores.

Esta coexistencia es uno de los principios fundamentales de la organización económica asumidos por la Constitución portuguesa en su art.80º³⁴. En uno de estos artículos se declara que queda garantizada la “protección del sector cooperativo y social de propiedad de los medios de producción”.

El art. 288º de la CRP comprende los límites materiales de cualquier revisión, aquéllos que no pueden ser transgredidos, aunque por una unanimidad se quisiese ignorarlos. Entre las catorce líneas que especifican otros tantos límites se subraya “la coexistencia del sector público, del sector privado y del sector cooperativo y social de propiedad de los medios de producción”³⁵.

34. La línea b) del artículo nº 80 incluye entre los principios fundamentales de la organización económica la “coexistencia del sector público, del sector privado y del sector cooperativo y social de propiedad de los medios de producción”.

35. Para que los límites materiales de la Constitución no se conviertan en un obstáculo absolutamente inamovible, hay quien sustenta la posibilidad de perfilarlos a través de una doble revisión: un primer proceso de revisión sería retirando el límite que impide la revisión pretendida y un segundo proceso de revisión sería introducir la alteración pretendida. De este modo, una alteración que contendiese con los límites materiales de revisión de la CRP, implicaría un acuerdo de dos tercios de los diputados durante un período de por lo menos diez años, necesario para consumir dos revisiones constitucionales. La naturaleza estructural y consensual de los límites consagrados en el texto constitucional es tan fuerte que hasta la fecha ningún partido político ha propuesto ninguna alteración al precepto.

En el art. 165º, se enumeran las materias que abarca la reserva relativa a la competencia de la Asamblea de la República, mencionándose en la línea x): el “régimen de los medios de producción integrados en el sector cooperativo y social de propiedad”.

Otro precepto que dispone sobre el sector en su totalidad es el art. 136º, en donde se regula el veto del Presidente de la República. Al contrario de la regla general³⁶, para que en una Asamblea de la República se solicite una nueva votación tras un veto presidencial que incida sobre ciertas materias taxativamente mencionadas en el texto constitucional, se exige una mayoría cualificada de dos tercios. Entre esas materias, en los términos estipulados en la línea b) del nº 3 del mismo artículo, están: “los límites entre el sector público, el sector privado y el sector cooperativo y social de propiedad de los medios de producción”.

V.2. Un mensaje normativo resultante de los preceptos, que expresamente se refieren al sector en su totalidad, está claramente inscrito en los principios lógicos, dos vectores realmente estructurantes de la lógica del conjunto: el de la coexistencia y el de la protección³⁷.

No obstante, no dejan de incorporarse en ese mensaje normativo, aunque sea de forma implícita, otros dos principios: el de autonomía y el de libertad.

El principio de autonomía se refleja directamente en el hecho de estar constitucionalmente consagrados fuera del sector público dos sectores distintos, el privado y el “cooperativo y social”. Así, en el caso portugués, en el plano jurídico-constitucional, aquello que no es público está dividido en dos partes distintas, por lo que ambas deben ser tratadas como regiones autónomas entre sí y no como partes de un conjunto unificado.

El principio de libertad tiene una expresión destacada en las cooperativas y también está consagrado expresamente en todo lo relacionado con las asociaciones en general, por lo que no vemos motivo para no extenderlo plenamente a todo el “sector cooperativo y social” y considerarlo implícito a él.³⁸

V.3. Una vez vistas las disposiciones constitucionales que tratan el “sector cooperativo y social” en su globalidad, comentemos ahora los artículos que se ocupan de cada uno de los subsectores o parcelas o de los aspectos de cada uno de ellos.

36. En los términos dispuestos el párrafo 2 del art.º 136, como regla general, en caso de veto por parte del Presidente de la República: “Si la Asamblea de la República confirma el voto por mayoría absoluta de los diputados, el Presidente de la República deberá promulgar el estatus en el plazo de ocho días a contar desde su recepción”.

37. Como se mencionó anteriormente, se da una coexistencia entre los tres sectores de propiedad de los medios de producción y la protección del sector cooperativo y social.

38. El hecho de que exista el reconocimiento del poder por concesión no puede considerarse como destrucción de la libertad de creación y funcionamiento, sino como un proceso de constitución diferente subordinado a una misma valorización del principio de libertad.

Hay dos preceptos más que inciden en las cooperativas en general, aunque en números autónomos se ocupen también de la autogestión. Así, en el art. 61º, hay tres párrafos que tratan de las cooperativas. En el párrafo 2, “se reconoce el derecho de la libre constitución de las cooperativas, siempre que se observen los principios cooperativos”. A partir de este modelo se clarifica el principio de libertad aplicado a las cooperativas, entre otros aspectos, particularmente en lo relacionado a su constitución. Por otro lado, gana cuerpo el principio de conformidad con los principios cooperativos de la ACI.³⁹

En el párrafo 3 del mismo artículo se consagra la libertad de funcionamiento de las cooperativas, como por ejemplo en su libertad de organización, clarificándose otros dos aspectos del referido principio de libertad en lo relacionado con las cooperativas.⁴⁰

Por último, en el párrafo 4 se admite que por ley puedan ser establecidas “especificidades organizativas” en relación al caso de “cooperativas con participación pública”. En este punto se prima lo que tienen de particular las cooperativas gestionadas por la Administración⁴¹.

El art.85º, en sus dos primeros números, se ocupa igualmente de las cooperativas en sí, en su totalidad, pero el párrafo 3 incide específicamente en la autogestión. El párrafo 1 dice que “el Estado estimula y apoya la creación y la actividad de las cooperativas”. En cierto modo, se concretiza así en las cooperativas el principio de protección anteriormente mencionado y que abarca todo el “sector cooperativo y social”. Sin embargo, esa concretización gana cuerpo verdaderamente en el párrafo 2: “La ley definirá los beneficios fiscales y financieros de las cooperativas en términos más favorables en la obtención de crédito y de auxilio técnico”.

Si hubiese alguna duda en relación a la importancia constitucional del principio de protección para el “sector cooperativo y social”, quedaría absolutamente clarificada por la declaración anterior, al menos en lo concerniente a la vertiente cooperativa.

En estos dos últimos artículos se reflejan dos principios lógicos del sentido normativo de la Constitución Cooperativa⁴²: el principio de la unidad y el principio de la intercooperación.

39. La CRP impone la obediencia a los principios cooperativos aunque no especifique cuáles son. La doctrina jurídica portuguesa siempre y unánimemente ha entendido que la CRP se refería a los principios cooperativos consagrados por la ACI. Tanto es así que en más de que un proceso de revisión constitucional se entendió como no necesario reafirmarlo, puesto que no cabía ninguna duda. De este modo, el Código Cooperativo en su versión actual, vigente desde 1997, deja claro en uno de sus artículos, precisamente, el elenco de principios cooperativos consagrados por la ACI.

40. La libertad de las cooperativas está claramente presente en la visión de la cooperatividad consubstanciada en los principios fundacionales de la ACI, pero la CRP le otorga tal relevancia que la empuja incluso a unos niveles más destacados (Cf. NAMORADO, 2005: 83).

41. Consúltese la nota 22.

42. Para la doctrina jurídico-constitucional, consúltese la “Constitución Económica”, cuando designa la parte de la Constitución que se ocupa directamente de la economía. Hablar de una “Constitución Cooperativa” se traduce en un comportamiento idéntico en cuanto a los preceptos constitucionales que se ocupan específicamente de las cooperativas.

El primero es un elemento relevante y caracterizador del modelo utilizado por la CRP para tratar el fenómeno, puesto que se refiere a las cooperativas en su totalidad y con vistas al desarrollo del cooperativismo. Podría acoger, distinguiéndolas de las otras y otorgándoles relevancia en cuanto a tales, algunas de las prácticas cooperativas que corresponden a alguno o algunos de los ramos⁴³, pero no lo hace. De este modo, se subraya lo que sucedió con los preceptos constitucionales que se ocupan del sector cooperativo y social en su totalidad⁴⁴, los cuales son responsables también de desarrollar naturalmente el cooperativismo.

Por otra parte, en el art. 61º párrafo 3 se trata implícitamente el principio de intercooperación cuando se habla de las vías de intercooperación formal que pueden tener lugar⁴⁵. Puede entenderse que es tautológica la expresa mención de este principio, ya que nos parece naturalmente absorbido por el principio más genérico que consagra la conformidad con los principios de la ACI como uno de los vectores normativos de la Constitución Cooperativa portuguesa. No parece que quepa duda de que del precepto citado destaca claramente la intercooperación, cosa que no sucede con otros principios de la ACI y nos parece digno de ser mencionado.

V.4. Hay, por último, un tercer conjunto de preceptos constitucionales que inciden específicamente sobre algunos de los ramos cooperativos. Puede parecer que esa particularización pone en causa lo que anteriormente se dijo en relación al principio de unidad como índice del desarrollo constitucional del cooperativismo. Sin embargo, no es eso lo que ocurre, puesto que en este tercer conjunto lo que sucede es que el cooperativismo adquiere más protagonismo como aspecto particular de actividades o políticas que, en sí mismas, son destinatarias de una preocupación constitucional autónoma.

El ramo de las cooperativas agrícolas se menciona en cuatro artículos dentro del cuadro constitucional que se ocupa de la política agrícola. El art. 94º, al tener por fin la “eliminación de los latifundios”, consagra expresamente la participación en ese proceso de “cooperativas de trabajadores rurales o de pequeños agricultores”. El art. 95º, al apuntar al “redimensionamiento del minifundio”, desarrolla una posible vía para la integración cooperativa de los minifundios. El art. 97º, al fijar parámetros a seguir en las políticas de auxilio estatales que favorezcan las políticas agrícolas,

43. En los términos del art.º 4º del Código Cooperativo, los ramos del sector cooperativo son: a) Consumo; b) Comercialización; c) Agrícola; d) Crédito; e) Vivienda y construcción; f) Producción operaria; g) Artesanado; h) Pesca; i) Cultura; j) Servicios; l) Enseñanza; m) Solidaridad social.

44. Como hemos dicho, estos preceptos inciden siempre en las cooperativas como conjunto y no en este o aquel ramo.

45. En los términos del párrafo 3 del art. 61º de la CRP: “Las cooperativas desempeñan libremente sus actividades dentro de la ley y pueden agruparse en uniones, federaciones y confederaciones, así como en otras formas de organización legalmente previstas”.

desarrolla, expresamente, soluciones cooperativas. Por último, en el art.98º se incluyen las cooperativas cuando dispone que: “En la definición de política agrícola se asegura la participación de los trabajadores rurales y de los agricultores mediante sus organizaciones representativas”.

Unos de los derechos económicos expresamente garantizados por la CRP son los derechos de los consumidores (art. 60º). Las cooperativas de consumo y las asociaciones de consumidores son organizaciones a las que se reconoce legitimidad para representar y defender los intereses de los consumidores y por ello son susceptibles de recibir apoyo estatal, así como “a ser escuchadas sobre cuestiones relacionadas con la defensa de los consumidores”, siéndoles también “reconocida la legitimidad procesal para la defensa de sus asociados, así como de intereses colectivos o sectoriales”.

En relación a la puesta en práctica del derecho constitucional a la vivienda, el art.65º, establece algunas de las incumbencias del Estado entre las cuales está la de “incentivar y apoyar las iniciativas de las comunidades locales y de los núcleos urbanos, tendentes (...) a fomentar la creación de cooperativas de viviendas”.

En cuanto a las cooperativas de enseñanza, la referencia constitucional es algo más sutil: el 2º párrafo del art. 75º se limita a decir que: “El Estado reconoce y fiscaliza la enseñanza particular y cooperativa, en los términos establecidos por la ley”.

V.5. La relevancia constitucional específica de otros subsectores dentro del “sector cooperativo y social” se manifiesta en otros tres artículos.

Ello sucede cuando al referirse al subsector autogestionario, a través de dos de esos preceptos, el art.61º, párrafo 5 declara: “Se reconoce el derecho de autogestión en los términos establecidos por la ley”. Instituida esta regla básica, el art. 85º indica en su párrafo 3 que el Estado cuenta con un deber genérico: “Serán apoyadas por el Estado las experiencias viables de autogestión”.

El tercer artículo de este conjunto apenas incide indirectamente en el subsector solidario, aunque esa incidencia asuma mayor importancia. Se trata del art.46º, el cual garantiza la libertad de asociación. En él se explicita el derecho de constituir asociaciones y la libertad de su funcionamiento, al mismo tiempo que se indican cuáles son los límites legítimos de esa libertad.⁴⁶

46. En los términos del art. 46º da CRP: “1. Los ciudadanos tienen el derecho de, libremente y sin dependencia de autorización alguna, constituir asociaciones, siempre que éstas no tengan como objetivo la promoción de la violencia y los fines no sean contrarios a la ley penal. 2. Las asociaciones perseguirán libremente sus fines sin interferencia de las autoridades públicas y no pueden ser disueltas por el Estado ni suspendidas sus actividades excepto en los casos previstos por la ley y mediante decisión judicial. 3. Nadie puede ser obligado a formar parte de una asociación ni coaccionado por medio alguno para permanecer en ella. 4. No se consentirán asociaciones armadas de tipo militar, militarizadas o paramilitares, ni organizaciones racistas o que den sustento a ideologías fascistas”.

V.6. Para concluir, debemos subrayar que todo el conjunto de normas constitucionales a las que nos referimos se ve reflejado con plena armonía en el sentido normativo genérico de la CRP.⁴⁷ No estamos, por tanto, ante una región constitucional atípica, sino ante una parte del paisaje constitucional portugués que se inserta con naturalidad en el conjunto de sus preceptos, y esta circunstancia se traduce necesariamente en un refuerzo de la eficacia normativa de los preceptos que hemos comentado.

VI. EL ENCUADRAMIENTO JURÍDICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL EN EL PLANO LEGISLATIVO COMÚN

VI.1. Una vez abordado el nivel constitucional, vamos a ocuparnos ahora del plano de las leyes comunes. Pese a hacerlo en líneas muy generales, desarrollaremos el tipo de respuesta que el legislador ha dado a cada subsector así como los tipos de calificación jurídica vigentes.

Subráyese, mientras tanto, que no existe un estatus legal que abarque a toda la economía social en su conjunto, tal como tampoco existe una ley que abarque todo el “sector cooperativo y social”. Como se podrá ver, el propio reflejo de los varios subsectores en el plano de la producción legislativa común es bastante desigual.

VI.2. Ya vimos que a nivel constitucional, la vertiente cooperativa del “sector cooperativo y social” es la que tiene un perfil más marcado y que, entre todas, es objeto de mayor atención y su lógica es la más explicitada.

En el plano de las leyes comunes pasa algo semejante en el ordenamiento jurídico portugués. Existe un Código Cooperativo que se ocupa de las cooperativas en general y que abarca las reglas comunes de los ramos que constituyen el sector en Portugal. Paralelamente existe un texto legal autónomo que incide específicamente en las cooperativas de interés público, o gestionadas por la Administración⁴⁸. Complementariamente al Código Cooperativo existen doce decretos ley y cada uno de los cuales se ocupa de los aspectos particulares de cada uno de los doce ramos⁴⁹. La fiscalidad de las cooperativas se rige mediante un Estatuto Fiscal Cooperativo⁵⁰, que establece un régimen fiscal específico.

47. En el mismo sentido, puede verse: NAMORADO, 1979.

48. Es el Decreto Ley n.º 31/84, de 21 de Enero.

49. Ver nota 43.

50. Estatuto Fiscal Cooperativo, Ley n.º 85/98, de 16 Diciembre.

En el caso portugués, las cooperativas son un tipo autónomo de persona colectiva junto a las asociaciones, las sociedades comerciales y las fundaciones. Su estatus resulta del derecho portugués actualmente vigente, siendo una de las consecuencias de las modificaciones jurídicas introducidas por la Revolución de Abril de 1974.⁵¹ Anteriormente, el universo cooperativo se dividía en dos grandes categorías de cooperativas: una era la constituida por sociedades comerciales mientras que la otra lo era por asociaciones.⁵²

La CRP de 1976 y el Código Cooperativo de 1980, transformaron radicalmente la naturaleza del cuadro jurídico, dando lugar al que existe actualmente.

VI.3. Es diferente el modo en el que, en el plano de la legislación común, se tratan los diversos subsectores de la vertiente social del “sector cooperativo y social”.

Comencemos por el subsector comunitario. En los términos del apartado b) del párrafo 4 del art. 82º, abarca “los medios de producción comunitarios, detentados y gestionados por comunidades locales”. Sin perjuicio a la existencia de otros bienes comunitarios, son los baldíos el elemento predominante en este subsector. La legislación por la que se rigen es propia, la Ley nº 68/93 del 4 de septiembre, conocida también como Ley de los Baldíos.

Según se describen en el párrafo pertinente de su art. 1º: “Son baldíos los terrenos poseídos y gestionados por comunidades locales”. El nº 2 esclarece que, “a efectos de la presente ley, comunidad local es el universo de los participantes”. En el párrafo siguiente se especifica que: “Participantes son aquellas personas que viven en una

51. En la orden jurídica portuguesa, están consagrados cuatro tipos legales de personas colectivas: sociedades comerciales, asociaciones, fundaciones y cooperativas. La autonomía de cada uno de los tres primeros es consensual, pero la calificación jurídica de las cooperativas es punto de discusión. Algunos autores las consideran sociedades (Cf. CORREIA, 2005: 140), otros las tratan como asociaciones (Cf. PINTO, 1983:290), otros las ven como un tipo autónomo de personas colectivas (Cf. NAMORADO, 2000: 241 y ss.). La expresa mención en la ley de que las cooperativas no tienen fines lucrativos (párrafo 1 del art. 2º del Código Cooperativo), conjugada con la finalidad de reparto de beneficios como elemento esencial de la caracterización legal de las sociedades (art. 980º del Código Civil), hace difícil de sustentar la primera posición. Por otro lado, calificar a las cooperativas como asociaciones significaría una completa desconsideración por la vertiente empresarial de la realidad cooperativa, una indiferencia total ante el hecho de que las asociaciones no disponen de capital social (cosa que no sucede con las cooperativas), como queriendo olvidar el proceso de diferenciación histórica de las cooperativas, en el seno de la nebulosa asociativa. De ese modo, parece justificado considerar que en el derecho portugués las cooperativas constituyen un tipo legal autónomo de personas colectivas.

52. Pocos años antes de la Revolución del 25 de Abril de 1974, el gobierno fascista publicó un decreto para resolver esa diferencia e incluir a las cooperativas culturales en la categoría de las asociaciones y hacer recaer sobre ellas la responsabilidad del control administrativo que vigilaba y restringía las asociaciones, en contrapunto con el régimen menos interventor regulador de las sociedades comerciales, categoría en la que hasta entonces se incluían todas las cooperativas, dado que se regían por el Código Comercial.

o más parroquias o parte de ellas que, siguiendo usos y costumbres, tienen derecho al uso y disfrute de los baldíos”.

En el párrafo 3º se determinan las finalidades de este tipo de baldíos: “los baldíos constituyen un lugar común designado para el pastoreo de ganado, recogida de leñas o matojos, cultivos y otros disfrutes, principalmente de naturaleza agrícola, silvícola, silvo-pastoril o apícola.”

VI.4. El subsector autogestionario, constituido por los “medios de producción objeto de explotación colectiva por parte de trabajadores”, en los términos establecidos por el punto c) del párrafo 4 del art. 82º, es un caso particular. Las empresas autogestionadas como fenómeno organizativo específico y autónomo⁵³, aún tuvieron alguna difusión en los años inmediatamente posteriores a 1974, pero acabaron por debilitarse rápidamente hasta convertirse en una realidad residual.

El elemento nuclear de su regulación jurídica, en el caso portugués, es la Ley nº 68/78, del 16 de Octubre, Ley de las empresas autogestionadas. Pese a que formalmente no hayan perdido su vigencia, sus objetivos eran predominantemente circunstanciales. Uno de los principales fue la regularización jurídica de un conjunto de situaciones de hecho que correspondían a la autogestión⁵⁴, pese a que no dejase también de poder servir de base jurídica a las realidades organizativas duraderas⁵⁵. La incidencia de políticas públicas de fomento y la evolución de la sociedad en general fueron factores decisivos de esta evolución.

VI.5. Como ya hemos indicado anteriormente, en el subsector solidario puede considerarse como el más próximo a la economía social que no pertenece al “sector cooperativo y social”.

Las organizaciones que forman parte de él asumen configuraciones jurídicas diversas, ya que además de poder ser asociaciones o fundaciones en el caso de las primeras, pueden ser de varios tipos. Aparte, y en el ámbito de este subsector, pueden desarrollarse otros tipos de conjuntos de organizaciones, como las IPSS

53. Este tipo de empresas concretizaba la idea de una gestión autónoma de los trabajadores con incidencia en bienes cuya titularidad no les pertenecía. Por regla general, la propiedad de los bienes era pública. Como ejemplo de ese tipo de empresas, recordemos a las conocidas como “Unidades Colectivas de Producción” que surgieron en Portugal en el cuadro de la reforma agraria que siguió al 25 de Abril.

54. Como escribió Diego DUARTE, a propósito de la Ley nº68/78, del 16 de Octubre: “Hasta la regularización definitiva, la titulación crea una situación de «autogestión provisional», en que la titularidad de la empresa pertenece al propietario, la posesión útil y gestión al colectivo de los trabajadores bajo tutela del Instituto Nacional de Empresas en Autogestión”. (1981?:155).

55. El mismo autor califica como «autogestión definitiva» la situación en la que “quedan los bienes que le pertenezcan por titularidad al Estado y la posesión útil y gestión al colectivo de los trabajadores” (1981?:154).

(Instituciones Particulares de Solidaridad Social), que tanto pueden asumir la forma jurídica de asociación o de fundación.

De hecho, hay dos vectores que estructuran la identidad del subsector solidario: la ausencia de fines lucrativos y la opción por la solidaridad social como objetivo. Todo tipo de persona colectiva que incorpore estas dos características, pertenece a este sector, a no ser que tenga una relación explícita de pertenencia a otro sector o subsector. Es lo que sucede, por ejemplo, con las cooperativas de solidaridad social, las cuales, a pesar de no tener fines lucrativos y ser la solidaridad social su objetivo, pertenecen al subsector cooperativo y no al subsector solidario. Paralelamente, el legislador constituyente tuvo a bien mencionar expresamente a las "entidades de naturaleza mutualista" como parte, necesariamente, de este último subsector.

Por tanto, quedan integradas en este subsector todas las asociaciones mutualistas, tanto las IPSS (cuya forma jurídica sea la de asociación o fundación) como las que toman la forma de hermandades de misericordia que son asociaciones de derecho canónico.⁵⁶ De este modo, en el plano de la legislación común y particularmente en el espacio del subsector solidario, debe mencionarse el Código de las Asociaciones Mutualistas,⁵⁷ así como hacer referencia al Estatuto de las Instituciones Particulares de Solidaridad Social.⁵⁸

En los términos del párrafo 1 del artº 2º de este texto legal, las instituciones que tratamos en este estudio pueden asumir cinco tipos de formas jurídicas: asociaciones de solidaridad social, asociaciones de voluntarios de acción social, asociaciones de socorro mutuo, federaciones de solidaridad social y hermandades de misericordia. Estos cinco tipos de instituciones pueden agruparse en uniones, federaciones y confederaciones. A través de la concesión de títulos posteriores,⁵⁹ las cooperativas de solidaridad social fueron equiparadas a las IPSS.

Por lo tanto, puede concluirse que en el subsector solidario se incluyen dos áreas con base en leyes específicas, la de las Asociaciones Mutualistas y la de las IPSS. Además, comprende también cualquier otra entidad que corresponda a las características del subsector según han sido establecidas constitucionalmente, independientemente de su forma jurídica o de otros aspectos particulares que las distinguan.

56. En los términos del párrafo 1 del art.º 10º de la Concordata entre la Santa Sede y el Estado portugués de 18 de Mayo de 2004 se menciona que: "La Iglesia Católica en Portugal puede organizarse libremente en armonía con las normas del derecho canónico y constituir, modificar y cesar personas jurídicas canónicas a las que el Estado reconozca personalidad jurídica civil." Dispone después el art. 12º: "Las personas jurídicas canónicas, reconocidas en los términos del artículo 10, que además de fines religiosos persigan fines de asistencia y solidaridad, desarrollan su respectiva actividad de acuerdo con el régimen jurídico instituido por el derecho portugués y gozan de los derechos y beneficios atribuidos a las personas colectivas privadas con fines de la misma naturaleza".

57. Este Código aprobado por el Decreto-Ley n.º 72/90, de 3 de Marzo.

58. Estatuto publicado por Decreto-Ley n.º 119/83 del 25 de Febrero.

59. Ley n.º 101/97, de 13 de septiembre.

VI.6. A aquellas organizaciones que, estando integradas en la economía social, se sitúen fuera del sector cooperativo y social, no les corresponde una regulación jurídica propia que las trate como un conjunto dotado de una identidad específica.

La fluidez de sus límites y la tensión entre las diversas lógicas que en ella conviven pueden generar nuevas dificultades jurídicas, corriendo el creciente riesgo juristas y legisladores de haber de enfrentarse a problemas que les exigirán una creatividad y una capacidad lógica particular.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCOLEA-BURETH, Anne-Marie (2004), *Pratiques et Théories de l'Économie Solidaire*, París, L'Harmattan.
- CANOTILHO, J.J. Gomes e Vital MOREIRA (2005), *Constituição da República Portuguesa* (8ª edição revista), Coimbra, Coimbra Editora.
- CARVALHO, Orlando de (1977), *Direito das Empresas – Introdução*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (policopiado)
- CESCE (Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas) (1986), *Les Organisations Coopératives, Mutualistes et Associatives dans la Communauté Européenne*, Bruselas, Editions Delta.
- COLLECTIF MB ² (2001) *Pour un économie alternative et solidaire*, París, l'Harmattan.
- COMISSÃO COORDENADORA DAS EMPRESAS EM AUTOGESTÃO (1981), *A realidade da autogestão em Portugal*, Lisboa, Perspectivas & Realidades.
- CORREIA, Miguel J. A. Pupo (2005), *Direito Comercial æ Direito da Empresa* (9ª edição refundida e actualizada), Lisboa, Ediforum.
- COSTA, Fernando Ferreira da (1986), *As cooperativas e a economia social*, Lisboa, Livros Horizonte.
- COSTA, Fernando Ferreira da (1991), *Contributo português na ideação de uma economia social*, Lisboa, INSCOOP.
- DESROCHE, Henri (1983), *Pour un Traité d'Économie Sociale*, París, CIEM.
- FRANCO, Raquel Campos e outros (2005), *O sector não lucrativo português numa perspectiva comparada*, Porto, Univ. Católica Portuguesa/ Johns Hopkins University
- FRANCO, Raquel Campos e Rui Hermenegildo GONÇALVES (2006), *Sector Não Lucrativo – compilação de legislação sobre as organizações da sociedade civil*, Porto, Publicações da Universidade Católica.
- GUIGUE, Bruno (2001), *L'Économie Solidaire æ alternative ou palliatif ?*, París, l'Harmattan.
- JEANTET, Thierry (2003), *La Economía Social Europea*, (2ªed.), Valencia, CIRIEC España.
- LAVILLE, Jean-Louis e António David CATTANI (sous la direction de) (2005), *Dictionnaire de L'Autre Économie*, París, Desclée de Brouwer.
- NAMORADO, Rui (1979), Os princípios cooperativos e a Constituição, *Vértice*, nº417-418 e 420-421, Coimbra.

- NAMORADO, Rui (1988), *A Economia Social em Questão*, Coimbra, Oficina do CES.
- NAMORADO, Rui (2000), *Introdução ao Direito Cooperativo*, Coimbra, Almedina.
- NAMORADO, Rui (2001), *Horizonte Cooperativo*, Coimbra, Almedina.
- NAMORADO, Rui (2001), Economia Social æ um conceito de solidariedade sustentável, *Pensamento Cooperativo*, n.º 2, Lisboa.
- NAMORADO, Rui (2004), *A Economia Socialæ uma constelação de esperanças*, Coimbra, Oficina do CES.
- NAMORADO, Rui (2005), *Cooperatividade e Direito Cooperativo*, Coimbra, Almedina.
- NUNES, Francisco, Luís RETO e Miguel CARNEIRO (2001), *O terceiro sector em Portugal: delimitação, caracterização e potencialidades*, Lisboa, INSCOOP.
- PAIVA, Flávio (2001), Teses e Dissertações Académicas sobre o Terceiro Sectoræ guia bibliográficol, *Pensamento Cooperativo*, n.º 2, Lisboa
- PÉREZ GINER, Francisco (2003), *La Economía Social – sus claves*, Valencia, CIRIEC España.
- PINTO, Carlos Mota (1983), *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora.
- Que Perspectivas para a Economia Social em Portugal ?*, (1989), Lisboa, CEEPS.
- RODRIGUES, José António (2000), *Código Cooperativo – Anotado e Comentado*, Lisboa, Quid Juris.
- SERENS, M. Nogueira (edição compilada por) (2006), *Código das Sociedades Comerciais* (13ª edição), Almedina, Coimbra.
- SINGER, Paul (2002), *Introdução à Economia Solidária*, (1ª reimpressão-2004), São Paulo, Editora Fundação Perseu Abramo

LA FUSIÓN DE COOPERATIVAS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

I. Gemma Fajardo García

Prof. TU Derecho Mercantil

Universidad de Valencia

RESUMEN

En el artículo que sigue se analiza la regulación de la fusión de cooperativas en la legislación española, desde las primeras normas hasta la regulación vigente en las leyes cooperativas estatal (1999) y autonómicas.

La regulación actual de la fusión de cooperativas se caracteriza por haber incorporado mejoras técnicas dictadas por la normativa de la UE para las sociedades anónimas, y por una ampliación de las posibilidades de fusión (heterogéneas, o en supuestos de liquidación o concurso).

El artículo analiza los requisitos subjetivos que deben darse en un proceso de fusión, expone de forma detallada el procedimiento a seguir en la fusión y concluye con los efectos que la fusión debe producir. Por último, se señalan algunas particularidades que presenta la fusión especial o heterogénea, posible en nuestro Derecho desde el Reglamento de Cooperativas de Crédito de 1993.

PALABRAS CLAVE

Cooperativas, fusión, legislación.

I. FUNCIÓN ECONÓMICA, CONCEPTO Y CLASES

I.1. FUNCIÓN ECONÓMICA

La fusión es un procedimiento de concentración empresarial que permite la agrupación de unidades de producción incrementando con ello el tamaño y potencial de las empresas. El fenómeno de la concentración empresarial constituye uno de los mecanismos que permiten alcanzar mayor competitividad a las empresas, desarrollar estrategias de dominación y diversificación de sus actividades económicas.

Como decía Broseta, la fusión de sociedades es un imperativo de los tiempos modernos, impuesta por la racionalización de la producción, por el progreso tecnológico y por las exigencias de la competencia que demanda constantemente la existencia de mayores unidades empresariales. Estos factores exigen que cada vez sea mayor el tamaño de las empresas e imponen, por tanto, la concentración de las pequeñas, de las medianas e, incluso, de las grandes sociedades¹.

Las cooperativas como empresas participantes en los mismos mercados, también acusan la necesidad de hacer frente a la competencia y de incrementar su potencial para ello.

Como revelan estudios realizados en el sector del cooperativismo agroalimentario, las organizaciones cooperativas de la Unión Europea han entrado desde hace años en la dinámica de fusiones y absorciones, con lo que ha disminuido el número de cooperativas en Europa incrementando notablemente su cifra de facturación². Los motivos alegados para justificar estos procesos de concentración han sido la fuerte concentración mundial de la demanda agroalimentaria frente a la dispersión de la oferta, la incapacidad de las cooperativas de reducido tamaño para acometer inversiones, los mayores costes de producción que deben soportar, o su menor capacidad de influencia en el mercado o la falta de economías de escala.

1. BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil*. 10ª Ed. Tecnos (1994) pág. 342.

2. Véase JULIÁ IGUAL, SERVER IZQUIERDO y MELIÁ MARTÍ en *Los procesos de fusión en cooperativas agrarias*. Ediciones Mundi-Prensa 2004. En este trabajo se señala que la disminución de cooperativas agroalimentarias en la Unión Europea en el periodo 1986- 1996 se sitúa en torno a un 30%, mientras que su cifra de facturación media crecía en un 80% (pág. 3).

Por ello, desde la Administración se viene fomentando la concentración empresarial y la fusión en particular, de las cooperativas con medidas fiscales³ y de otra naturaleza⁴.

Las razones anteriores están teniendo su reflejo en el creciente número de fusiones de cooperativas que viene desarrollándose en nuestro país en los últimos años y que en el 2000 alcanzó a 40 solo en el sector agroalimentario. Son este sector y el del crédito cooperativo los que más están llevando a cabo estos procesos de concentración⁵.

Dentro de los mecanismos de concentración empresarial con que normalmente cuenta el sector cooperativo, la fusión representa el grado máximo de concentración, pues junto con la integración económica se da también la integración jurídica. Esta última nota es la que permite distinguir la fusión de otros procedimientos de concentración como son los grupos de sociedades o las cooperativas de segundo grado⁶.

3. En un primer momento el legislador incentivaba las fusiones con beneficios fiscales (Ley 76/1980, de 26 de diciembre) hasta la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, que incorpora la Directiva Comunitaria 40/434/CEE, de 23 de junio de 1990 y se opta por la neutralidad fiscal de la fusión, ni se incentiva ni se desincentiva. Sobre fiscalidad de la fusión véase SÁNCHEZ OLIVÁN, *La fusión de sociedades. Estudio económico, jurídico y fiscal*, 4ª ed. Madrid, 1993; y más concretamente sobre fiscalidad de la fusión de cooperativas, véase PERIS GARCÍA, Purificación, en "Fiscalidad e integración cooperativa en las legislaciones estatal y autonómicas" en CHAVES, FAJARDO y NAMORADO, *Integración Empresarial Cooperativa*. Valencia 2003 pp. 59- 88.

4. Entre estas pueden citarse: la Orden de 4 de marzo de 2002 de la Generalitat Valenciana que regula las ayudas a las fusiones de las cooperativas agrarias valencianas; las Órdenes de la Generalitat de Catalunya ARP/129/2002 de 18 de abril, ARP/99/2003, de 4 de marzo, ARP/351/2003, de 1 de agosto, ARP/463/2003, de 19 de noviembre y ARP/404/2003, de 26 de septiembre sobre ayudas a la concentración de cooperativas agrarias. En el sector de los transportes, también podemos citar las Ordenes del Gobierno Vasco de 6 de octubre del 2000 y de 5 de junio del 2003 que establecen un programa de ayudas al sector del transporte público de mercancías por carretera para el fomento de la concentración de empresas.

5. Un análisis cuantitativo de los procesos de fusión de cooperativas agroalimentarias en España y Europa puede verse en MONTERO GARCÍA, A. *El Cooperativismo Agroalimentario y formas de integración*. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. 2ª ed. 1999. La fusión en el sector del crédito cooperativo es analizada por PALOMO ZURDO, R. en *Banca Cooperativa. Entorno financiero y proyección social*. Ed. Unión Nacional de Cooperativas de Crédito. 2001 pp. 79-92. Según datos manejados por este autor, el número de cooperativas de crédito muy pequeñas (activo total hasta 28 millones de euros) se ha reducido desde 1996 a 2000 en un 26, 3%; por el contrario, el número de cooperativas de crédito grandes (activo total de 1.327 a 9.152 millones de euros) ha pasado del 3, 4 % al 6, 7 %. Estos datos todavía no recogían las importantes fusiones acaecidas posteriormente de Caja Rural del Sur (antes C.R. de Huelva y C. R de Sevilla); Caja Rural Aragonesa y de los Pirineos (antes C. R de Huesca y C. R de Zaragoza) y Caja Rural del Mediterráneo (antes CR. de Alicante, C.R. Credicoop y C. R. Valencia).

6. Un completo análisis comparativo de estas instituciones puede verse en ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía. *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: La cooperativa de segundo grado*. Tirant Monografías. Valencia, 2000 pp. 51- 53

I.2. CONCEPTO

La fusión es definida por Broseta⁷ como un procedimiento jurídico por el cual dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y sus socios en una sociedad única, previa disolución de todas las sociedades que se fusionan (creando una sociedad nueva que asuma a todas las preexistentes) o previa disolución de todas menos una (que absorbe a las restantes).

Vicent Chuliá, precisando más y teniendo en cuenta las diversas posibilidades que la realidad plantea distingue dos conceptos de fusión⁸.

La fusión en sentido estricto como procedimiento de concentración de empresas propio del Derecho de sociedades que permite obtener efectos jurídicos excepcionales en relación con el régimen común: la disolución sin liquidación; la sucesión universal (bienes, créditos, deudas y contratos) y la transmigración de las posiciones de socios.

En un sentido amplio incluiría la fusión con sociedades civiles y con entidades sin base asociativa (fundaciones) y las fusiones heterogéneas (entre sociedades civiles y mercantiles, y otras entidades con sociedades), esto es, fusiones entre entidades de distinta naturaleza jurídica. En este caso el concepto de fusión se sustenta exclusivamente en las dos primeras notas: disolución sin liquidación y sucesión patrimonial⁹.

I.3. CLASES DE FUSIÓN

a) La fusión puede realizarse por constitución de una entidad nueva en la que se integran las demás participantes (fusión propia), o por absorción de una o varias entidades por otra (fusión por absorción). El procedimiento de absorción es el más empleado en la práctica. Ambos procedimientos cumplen los mismos presupuestos y no existen especialidades que justifiquen un régimen jurídico diferente. El art. 63. 1 LC reconoce ambas modalidades al señalar que *“Será posible la fusión de sociedades cooperativas en una nueva o la absorción de una o más por otra cooperativa ya existente”*.

Por el tipo social de las entidades participantes se distingue entre fusión homogénea y fusión heterogénea o especial. Es homogénea la fusión en la que todas las entidades participantes son cooperativas. Los arts. 63 a 66 LC regulan el procedimiento de fusión homogénea entre cooperativas. El art. 67 LC se centra por el contrario

7. BROSETA PONT, M. en *Manual ...op. cit.* pág. 342.

8. VICENT CHULIÁ, F. en *Introducción al Derecho Mercantil* 16ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2003 pp. 497- 498.

9. La Sentencia de la AP de Murcia de 13 de enero de 2003 (TOL 304353) califica de fusión por absorción y declara producida la sucesión a título universal del patrimonio de una Caja Rural, que posteriormente se extingue, por una Caja de Ahorros, sin que se produzca transposición de socios.

en la fusión heterogénea, y señala al respecto que *“Las sociedades cooperativas podrán fusionarse con sociedades civiles o mercantiles de cualquier clase, siempre que no exista una norma legal que lo prohíba”*.

También puede distinguirse entre fusión propia o impropia según que se cumplan los presupuestos legales de la fusión o no. Vicent Chuliá define la fusión impropia como *“operaciones de concentración de empresas entre sociedades en las que, por no seguirse el procedimiento legal de fusión, no se producen todos los efectos excepcionales de ésta...”*¹⁰. Como el objeto del presente capítulo es analizar el proceso de fusión de cooperativas en la legislación española, prescindiremos de las denominadas fusiones impropias.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

La fusión como técnica de reestructuración de empresas es –como la define Gómez Segade¹¹ una realidad poliédrica, un poliedro con varias caras sobre cada una de las cuales se reflejan normas de muy distinta naturaleza, desde las societarias a las de naturaleza fiscal, pasando por los preceptos laborales y la normativa sobre defensa de la competencia¹².

Si el panorama es complejo y poliédrico en Derecho de Sociedades, más lo es todavía al referirnos a las cooperativas, dada la pluralidad de leyes que regulan en nuestro Estado esta forma empresarial.

La fusión de cooperativas es objeto de atención en las distintas leyes de cooperativas vigentes en nuestro Estado. Esta normativa se ha visto influenciada a lo largo de los años por el devenir de la legislación reguladora de la fusión de sociedades de capital.

10. VICENT CHULIA, F. en *Introducción ...op. cit.* p. 509. Más ampliamente, puede verse el mismo autor en *“La fusión propia y las fusiones impropias en el Derecho español”*, en *Estudios en homenaje a Joaquín Garrigues*, III, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 483-508).

11. GOMEZ SEGADE, J. A. *“Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión”* en Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero. vol. V Ed. Mc Graw Hill. Madrid, 2002 pág. 5030.

12. Así, habrá que tener en cuenta en materia fiscal, la Ley 29/1991, de 16 de diciembre que incorpora la Directiva 40/434/CEE de 23 de julio de 1990 sobre régimen fiscal de las fusiones, y la Ley 43/1995, de 27 de diciembre del Impuesto sobre Sociedades. La protección de los trabajadores en caso de sucesión de empresa se regula en el art. 44 del ET que incorpora la Directiva 77/187/CEE del Consejo de 14 de febrero de 1977. En cuanto a la fusión como mecanismo de concentración empresarial, habrá que tener en cuenta las normas que regulan el control de estos procesos como son la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989 de 17 de julio y el RD. 1080/1992, de 11 de septiembre, así como los Reglamentos comunitarios del Consejo nº 4064/1989, de 21 de diciembre y nº 139/2004, de 20 de enero.

Por ello, una exposición completa del marco normativo de la fusión de cooperativas exige analizar éste desde una doble perspectiva. Veremos en primer lugar la evolución de ese marco desde una perspectiva histórica y posteriormente, delimitaremos el actual marco a la vista de la diversidad de leyes que regulan las cooperativas en nuestro país.

II.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La fusión de cooperativas siempre ha sido posible en nuestra legislación.

Ya el legislador de 1942 preveía la fusión de cooperativas aunque sólo exigía que la decisión fuera tomada por la junta general extraordinaria (art. 24).

La Ley 52/1974 (art. 45) y sobre todo su reglamento aprobado por RD 2710/1978 (art. 76) dedicaron más atención a este proceso de concentración, inspirándose fundamentalmente en la regulación que sobre la fusión de sociedades anónimas hacía la LSA de 17 de julio de 1951.

Así, al igual que esta, reconocía dos procedimientos de fusión (fusión propia y por absorción); establecía los presupuestos mínimos necesarios de la fusión: disolución de sociedades y traspaso de patrimonios y socios; regulaba el derecho de separación de socios y el derecho de oposición de los acreedores; y exigía que el acuerdo fuese adoptado por una mayoría cualificada de socios y se inscribiese en el Registro de Cooperativas tras elevarse a escritura pública. Por último, se establecía que los Fondos Sociales obligatorios se integrarían en el patrimonio de la nueva entidad.

La regulación de la fusión de sociedades en nuestro derecho cambia a partir de 1986 como consecuencia del ingreso de España en la Comunidad Económica Europea y la incorporación del acervo comunitario entre el que se encuentra la Tercera Directiva del Consejo de 9 de octubre de 1978 sobre fusión de sociedades (78/855/CEE).

La Ley 19/1989 de 25 de julio de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades reformó la Ley de Sociedades Anónimas y el Reglamento del Registro Mercantil, afectando entre otras materias al régimen de la fusión.

Como dice Rodrigo Uría¹³ las nuevas normas, sin implicar un verdadero cambio de sistema ni una ruptura fundamental con las líneas generales del sistema legal anterior, sí lo mejoran y completan con una serie de preceptos dirigidos, sobre todo a ordenar el contenido del proyecto de fusión, a velar, imponiendo la intervención

13. URÍA, R. Derecho Mercantil. Marcial Pons. 28ª ed. 2001 pág. 396. Contrariamente, para GOMEZ SEGADÉ, los cambios experimentados en este campo con la reforma de 1989 son cuantitativa y cualitativamente de enorme relieve, pues implica el tránsito de una visión contractualista a una visión institucionalista, lo que se aprecia principalmente en la desaparición del derecho de separación del accionista disconforme con la fusión (en "Algunas notas .. op. cit." pp. 5033- 5035).

de expertos independientes, por la regularidad de los balances y de los estados patrimoniales de las sociedades, por la justicia de los criterios que han de servir de base a los canjes de acciones, y a establecer los cauces de la posible acción de nulidad de las fusiones.

De todo este proceso de reforma fue consciente el legislador al redactar la Ley Valenciana de Cooperativas 11/1985 y más tarde, la Ley de Cooperativas 3/1987 y en ellas se recogen muchas de las novedades que posteriormente ofrecerá el Texto Refundido de la LSA aprobado por RD. Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

Más tarde, las distintas legislaciones cooperativas irán incorporando las mismas garantías al regular sus procesos de fusión, a pesar de que la Tercera Directiva no es aplicable a las cooperativas sino a las sociedades anónimas¹⁴.

II.2. LA LEY DE COOPERATIVAS 27/1999 DE 16 DE JULIO

La Ley de Cooperativas 27/1999 de 16 de julio derogó la anterior de 2 de abril de 1987 modificando la estructura del capítulo dedicado a la fusión¹⁵ y su contenido, como veremos más adelante. En el proceso de elaboración de la Ley, esta materia fue objeto de varias enmiendas presentadas por diversos partidos políticos, que fueron recogidas prácticamente en su totalidad¹⁶.

La LC 27/1999 regula en su Capítulo VII la fusión, la escisión y la transformación dedicando una sección a cada uno de estos procedimientos. El art. 63 tras reconocer la posibilidad de fusión de las cooperativas tanto por absorción como por creación de una cooperativa nueva, establece los presupuestos de la fusión y el procedimiento a seguir. El art. 64 regula los requisitos de mayorías y publicidad que deben cumplir los acuerdos de fusión adoptados por las respectivas asambleas; el art. 65 se centra en el derecho de separación de los socios disconformes con el acuerdo, y el art. 66 regula el derecho de oposición de los acreedores ordinarios.

14. La Tercera Directiva establece en su art. 1 que las medidas de coordinación previstas en dicha directiva se aplican a las sociedades anónimas pudiendo los Estados excluir su aplicación a las sociedades cooperativas que adopten la forma de sociedad anónima. Supuesto éste que no es posible en nuestro Estado, donde la cooperativa además de tener una finalidad diferente a la de la sociedad anónima cuenta también desde 1931 con una forma jurídica diferenciada.

15. La Ley 3/1987 se estructuraba en 8 artículos: 94 (Modalidades y efectos de la fusión); 95 (Proyecto de fusión); 96 (Documentación complementaria de la convocatoria de la Asamblea); 97 (Requisitos para el acuerdo de fusión); 98 (Balance de fusión); 99 (Derecho de separación del socio); 100 (Derecho de oposición a los acreedores); y 101 (Escritura de fusión). La vigente Ley reduce el número de artículos pese a introducir una materia más como es la fusión especial. La sección 1ª del Capítulo VII dedicada a la fusión se estructura en los siguientes artículos: 63 (Fusión); 64 (Acuerdo de fusión); 65 (Derecho de separación del socio); 66 (Derecho de oposición de los acreedores) y 67 (Fusión especial).

16. Al art. 63 se presentaron las enmiendas nº 305 del GP Popular, nº 21 del GP Mixto; nº 240 del GP del PNV; nº 326 del GP CiU y nº 394 del GP Socialista. Al art. 67 se presentó una enmienda, la nº 241 por el GP del PNV que fue retirada por dicho grupo en la sesión de 17 de marzo de 1999.

Por último, el art. 67 contempla la fusión especial, esto es, la fusión heterogénea, estableciendo algunos presupuestos particulares como veremos a continuación.

Pero no son estas las únicas normas que hacen referencia a la fusión en la LC 27/1999; podemos señalar también, el art. 20. 2 f) al atribuir competencia exclusiva sobre la materia a la Asamblea General, o el art. 28. 2 al exigir mayoría cualificada para adoptar el acuerdo, o el art. 71. 1 al citar la fusión como supuesto excepcional de disolución sin liquidación.

Mención especial merece el art. 77. 5 LC que regula "la transformación de las cooperativas de segundo grado". Según este precepto: *"Las cooperativas de segundo grado podrán transformarse en cooperativas de primer grado quedando absorbidas las cooperativas socios mediante el procedimiento establecido en la presente ley. Las cooperativas socios, así como los socios de éstas, disconformes con los acuerdos de transformación y absorción, podrán separarse mediante escrito dirigido al Consejo Rector de las cooperativas de segundo grado o primer grado, según proceda, en el plazo de un mes contado a partir de la fecha de publicación del anuncio de transformación y absorción"*.

Este precepto contempla la posibilidad de conversión de una cooperativa de segundo grado en otra de primero, como modificación estructural.

La calificación de una cooperativa como de segundo grado viene determinada por la concurrencia de una serie de requisitos que giran en torno a la condición de sus socios¹⁷. Una cooperativa dejará de ser de segundo grado cuando pierda los requisitos para serlo, por ejemplo, si incorpora socios personas físicas que no fueran ni empresarios individuales ni socios de trabajo, o cesase como socio una de las dos cooperativas socias que como mínimo deben existir. El primer supuesto sólo será posible si previamente se han modificado los estatutos sociales con la finalidad de permitir la presencia de este tipo de socios¹⁸. El segundo supuesto es causa de disolución (art. 70. 1 d. LC) si no se restablece en el plazo de un año o se convierte en cooperativa de primer grado.

Como vemos, la conversión de una cooperativa de segundo grado en primer grado exige siempre acuerdo de la asamblea general de la cooperativa, que al conllevar una importante modificación de los estatutos debe ser aprobado por una mayoría cualificada de socios.

Pero el artículo que comentamos contempla un supuesto particular de conversión de cooperativa de segundo en primer grado. Este supuesto se caracteriza porque la cooperativa de segundo grado adopta un acuerdo que implica, la conversión en cooperativa de primer grado y la absorción de los socios de las coopera-

17. Entre sus socios deben encontrarse dos cooperativas, no pueden haber socios personas físicas, salvo que se trate de empresarios (art. 77. 1 LC) y los socios no cooperativas no pueden representar más del 45% del total de socios ni de votos (art. 26. 6 LC), por último, ningún socio puede tener más del 30% del capital).

18. La Ley en su art. 11. 1. j) exige que en los estatutos se establezcan las clases de socios y los requisitos para su admisión, cláusula que no puede ser contraria a lo previsto en el art. 77. 1 LC.

tivas asociadas, modificando las cláusulas estatutarias que correspondan. No se trata realmente de un supuesto de transformación porque no cambia la naturaleza de la entidad jurídica que sigue siendo cooperativa y por tanto tampoco le son de aplicación todas las normas previstas en el artículo 69 LC para la transformación, como el destino de los fondos y reservas irrepartibles. A su vez e incluso con anterioridad¹⁹, las cooperativas de primer grado deben adoptar el acuerdo de absorción de su patrimonio y socios por la cooperativa degradada con la consiguiente extinción de su cooperativa, o bien, el acuerdo de segregación de parte de su patrimonio y colectivo de socios que serán absorbidos por la cooperativa degradada.

Existirá fusión cuando la cooperativa de primer grado se extinga y transmita su patrimonio y sus socios a la cooperativa degradada. En este caso, los acuerdo de absorción que deben adoptar ambas cooperativas, el procedimiento a seguir y los derechos de socios y acreedores, se regirán por las normas de la fusión previstas en los artículos 63 a 66 LC. No habrá fusión propia en cambio si la cooperativa no se extingue y se mantiene como socia de la cooperativa degradada.

II.3. LEGISLACIÓN COOPERATIVA AUTONÓMICA

La legislación cooperativa de las Comunidades Autónomas ha contemplado también tradicionalmente la regulación de la fusión de cooperativas, inspirándose unas veces en la legislación estatal de cooperativas y otras en leyes autonómicas.

De la lectura de las normas reguladoras de la fusión se observan ciertas similitudes entre ellas que obedecen a fuentes comunes de inspiración.

Podríamos decir que las primeras leyes de cooperativas dictadas por las CCAA se inspiraron en el Proyecto de Ley de Cooperativas publicado en el DOCG de 24 de junio de 1980, cuyo art. 69 dedicaba a la Fusión. Este es el caso de la LCPV de 1982 (art. 48) o de la LFCN de 1989 (art. 54-55). No obstante, algunos de los preceptos de aquel proyecto que finalmente no fructificó, siguen estando presentes en algunas legislaciones autonómicas vigentes. Así ocurre con una norma sita en el párrafo 1º del art. 69 según la cual: *"La fusión ... sólo será posible cuando no lo impida la distinta naturaleza de las cooperativas que se fusionen"*²⁰.

La aprobación de la LGC de 1987 inspiró la elaboración de las leyes aprobadas posteriormente. Incluso es la norma en la que se inspira la LCPV de 1993 tanto en

19. Para Rosalía ALFONSO, el acuerdo de absorción debería ser previo al de transformación, puesto que cada cooperativa socio tiene que formar su voluntad a favor o en contra de la posible absorción por parte de la entidad degradada (en "Posibilidades y regulación de los procesos de integración en España (Cooperativas de segundo grado, Grupos cooperativos, Fusiones)" en CHAVES, FAJARDO, NAMORADO (Dir.) *Integración Empresarial Cooperativa*. Ed. CIRIEC. 2003 pág. 30). En el mismo sentido se manifiesta VAZQUEZ PEÑA en *Las cooperativas de segundo grado: peculiaridades societarias*. Ed. Tirant lo Blanch.

20. Norma que en términos similares encontramos en la LCAR (art. 64), en la LSCA (art. 103) o en la LCLR (art. 83). Esa misma norma se contenía en la LCC de 1983 (art. 66) y en su Texto Refundido, pero ha desaparecido en la actual ley vigente de 2002.

su estructura como en su contenido²¹, pero que esta última mejora al incorporar algunas normas tomadas de la LSA como los arts. 234 apartados 2º y 3º y 235 apartados d) y e); amplía la protección de socios y acreedores afectados por el proceso de fusión e incorpora la posibilidad de fusiones heterogéneas aunque limitadas a sociedades laborales y sociedades agrarias de transformación.

La LFCN de 1996 regula muy escuetamente la fusión de cooperativas en los arts. 55 (Fusión y absorción) y 56 (Escritura de Fusión), que reproducen literalmente el contenido de la anterior Ley navarra de 1989 inspirada como dijimos en el Proyecto de 1980, y ello a pesar de la posterior aprobación de la LGC de 1987 que mejora notablemente el régimen jurídico de la fusión.

La LSCEX de 1998 combina aspectos de la LGC de 1987 con otros de la LCPV de 1993, innovando en alguna cuestión. Destaca por ser la primera ley no sectorial que admite la fusión heterogénea (art. 89, 1º).

La LCG de 1998 también combina en su redacción preceptos de la LGC de 1987 y de la LCPV de 1993.

La LCAR de 1998 dedica sólo el art. 64 a la Fusión, inspirada básicamente en la LCCAT de 1983, aunque introduce diversas medidas previstas en la LGC de 1987. También recoge como la LCPV la posibilidad de fusión de cooperativas con sociedades laborales y sociedades agrarias de transformación.

La LCCM de 1999 sigue literalmente en su mayor parte la LCPV de 1993 pero mejorándola en algunos aspectos e introduciendo también algunas novedades interesantes como veremos más adelante.

La LSCA de 1999 rompe con su antecesora de 1985 inspirada en el proyecto de 1980, y cambia su estructura y el contenido de su regulación²². La vigente ley sigue la regulación de la LCPV en torno al proyecto de fusión, pero incorpora todavía algunas normas de la LGC de 1987 como el art. 105 dedicado al balance de fusión. Trata de abreviar en la regulación del procedimiento incluyendo en un mismo precepto desde la información a facilitar a los socios, la aprobación de la fusión y los derechos de socios y acreedores.

La LCLR de 2001 se inspira en preceptos de la LGC de 1987 y de la LCPV. Innova al reordenar el contenido de los preceptos²³ dando lugar a alguna importante ausencia como veremos.

21. La LCPV se estructura en los siguientes artículos: 76 (Modalidades y efectos de la fusión); 77 (Proyecto de fusión); 78 (Información sobre la fusión); 79 (El acuerdo de fusión); 80 (Derecho de separación del socio); 81 (Derecho de oposición de los acreedores); 82 (Escritura e inscripción de la fusión) y 83 (Fusiones especiales).

22. La LSCA se estructura en los siguientes artículos: 103 (Fusión: modalidades y efectos); 104 (Proyecto de fusión); 105 (Balance de fusión), 106 (Procedimiento de fusión).

23. La Ley estructura la Sección 1ª dedicada a la Fusión en los siguientes artículos: 83 (Modalidades y efectos de la fusión); 84 (Información sobre la fusión); 85 (Acuerdo de fusión); 86 (Escritura de fusión); 87 (Derecho de separación del socio); 88 (Derecho de oposición de los acreedores) y 89 (Fusión especial).

La LCCyL de 2002 recoge las aportaciones de las demás leyes autonómicas que la preceden con ligeras novedades en su estructura y una particular regulación de la fusión especial en su art. 85, que analizaremos posteriormente.

La LCCAT de 2002 rompe totalmente con sus antecesoras de las que solo conserva como peculiar el art. 81. 5. La Ley catalana de 1983 sólo contenía un artículo dedicado a la fusión (art. 66) que se conservó íntegramente tras la reforma de 1991. La ley vigente sigue la estructura de la LC de 1999 pero introduce bastantes particularidades, generando alguna insuficiencia como la apreciada en la regulación de la información a facilitar a los socios (art. 77).

La LCC-LM de 2002 sigue la estructura de la LCPV pero incorpora algunas normas de la LGC de 1987 y de la LCCAT de 2002.

La LCIB de 2003 sigue la estructura y el contenido literal de la LSCA de 1999.

Por último, la LCCV de 2003 ha conservado en su mayor parte la regulación aprobada en 1985 introduciendo modificaciones en la Ley de 1995 con el fin de mejorar su tenor literal y hacer más flexible su régimen. Destaca de esta Ley la remisión que hace a la aplicación supletoria de la legislación estatal de cooperativas en materia de *“elaboración, contenido y formalidades del proyecto de fusión, la documentación a facilitar a cada socio y el régimen del balance de fusión”* (art. 65. 2 f).

La fusión se regula por tanto en la LC 27/1999 (arts. 63 a 67) y en las demás leyes autonómicas²⁴. Cuando todas las cooperativas intervinientes en un proceso de fusión se rijan por la misma ley, se aplicará ésta a todo el procedimiento. Por el contrario, si en el proceso de fusión intervienen cooperativas sometidas a distintos regímenes nos encontramos ante un supuesto similar al de la fusión transfronteriza no regulado por el legislador a excepción del catalán²⁵ y al que tendremos que aplicar mientras no se dicte una norma de conflicto al respecto, el art. 9. 11 del C. c. que llama a la aplicación de la ley personal de cada sociedad en caso de fusión de sociedades de distinta nacionalidad. En ese caso –como dice el profesor Vicent Chuliá– se aplicará el “principio de distribución” por el cual los actos correspondientes a cada Cooperativa –los acuerdos sociales– se regirán por la Ley, general o autonómica, que le sea aplicable, coordinándose los actos unitarios– escritura

24. LCCM arts. 70- 77; LSCEX arts. 82- 89; LCAR art. 64; LCPV arts. 76- 83; LCG arts. 75- 82; LSCA arts. 102- 106; LCLR arts. 83- 89; LFCN arts. 55- 56; LCCyL arts. 79- 85; LCC-LM arts. 81- 88; LCIB arts. 90- 93; LCCV arts. 75- 76 y LCCAT arts. 74- 82.

25. La Ley 18/2002 de Cooperativas de Cataluña, única que se ha pronunciado sobre el tema, establece en su art. 74. 2 que *“En el caso de fusión entre cooperativas inscritas en registros de cooperativas de distintas comunidades autónomas, es de aplicación a cada cooperativa el procedimiento de fusión establecido por la normativa de cooperativas por la que se rige”*. Para M.J. MORILLAS, el legislador estatal al aprobar al LC de 1999 ha perdido una magnífica ocasión para regular las modificaciones estructurales transfronterizas (en *Curso de Cooperativas*, 2ª ed. Tecnos. pág. 499).

pública de fusión e inscripción en el Registro de Cooperativas correspondiente a la Cooperativa de nueva constitución o absorbente²⁶.

II.4. LEGISLACIÓN COOPERATIVA SECTORIAL

Si atendemos a la legislación especial aplicable a las cooperativas de crédito y de seguros, también encontramos regulado el proceso de fusión.

La Ley de Cooperativas de Crédito 13/1989 dedica su art. 10 a regular brevemente la fusión y escisión limitándose a exigir autorización administrativa previa para llevar a cabo fusiones que afecten a una cooperativa de crédito e inscripción en el Registro correspondiente del Banco de España cuando la entidad resultante de la fusión fuera una cooperativa de crédito.

El RD 84/1993, de 22 de enero, que desarrolla la LCC amplía mucho más la regulación de la fusión de estas entidades en sus artículos 30 a 38, permitiendo por vez primera las fusiones heterogéneas de cooperativas de crédito, lo que ha sido criticado por la doctrina por atentar contra el principio de legalidad al no existir norma legal que le de cobertura, ni en la legislación cooperativa ni en la crediticia²⁷.

La fusión de cooperativas de seguros se rige por la LOSSP 30/1995 de 8 de noviembre, cuyo art. 23 dedicado también a la transformación, escisión y agrupación de entidades aseguradoras limita las posibilidades de fusión de las cooperativas de seguros así como de las mutuas y mutualidades, favoreciendo por el contrario el desarrollo de las sociedades anónimas de seguros, tendencia que ya encontramos en la anterior LOSSP 33/1984.

La LOSSP ha sido desarrollada por el RD 2486/1998 de 20 de noviembre, cuyo art. 72 regula el procedimiento a seguir para obtener la autorización necesaria para llevar a cabo la fusión: documentación que debe presentarse, plazo de información pública, resolución administrativa, y en caso de autorizarse, el otorgamiento de la escritura pública de fusión.

26. VICENT CHULIA, F. en *Ley General de Cooperativas Tomo XX, vol. 3º Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil*. EDERSA, 1994, pág. 442. Otras normas que podríamos tomar en consideración para su aplicación analógica dada la similitud del supuesto contemplado es el art. 67 LC relativo a la fusión heterogénea de sociedades o el art. 20 del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, aprobado por Reglamento (CE) 1435/2003 del Consejo de 22 de julio que contempla la fusión de cooperativas de distintas nacionalidades europeas con el fin de constituir una SCE.

27. En este sentido crítico se han manifestado autores como GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNANDEZ, T.R.: *Curso de derecho administrativo*, I, 1996, pág. 167 y ss; MASSAGUER FUENTES, J. "La cesión global de activo y pasivo", RDM, abril 1997, pp. 655- 678; y VAÑÓ VAÑÓ, M.J. *Fusión heterogénea y cesión global en el sector bancario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001 pág. 115.

III. REQUISITOS SUBJETIVOS

Para que las normas que analizamos resulten de aplicación es necesario que se trate de un supuesto de fusión de dos o más sociedades.

Estas pueden ser cooperativas, en cuyo caso hablamos de fusión homogénea, siéndole de aplicación los artículos 63 a 66 LC, o puede tratarse de una cooperativa y una o más sociedades civiles o mercantiles de cualquier clase, siempre que no exista una norma legal que lo prohíba. En este segundo caso hablamos de fusión heterogénea y será de aplicación el art. 67 LC.

III.1. LA FUSIÓN COMO PROCESO INICIALMENTE ENDOGÁMICO

La regulación de los procesos de fusión en nuestro derecho ha sido tradicionalmente endogámica, permitiendo exclusivamente la fusión entre entidades de la misma naturaleza. Así, la legislación mercantil (LSA 1951, TRLSA 1989 y RRM 1989) sólo contemplaba la fusión en la que participasen sociedades mercantiles (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad colectiva y sociedad comanditaria), la legislación sobre fundaciones solo contempla la fusión entre éstas (art. 28 Ley 30/1994); y la misma condición se impone a las sociedades de garantía recíproca (art. 55 Ley 18/1994).

Al igual que los casos anteriores, la legislación cooperativa sólo venía aceptando la fusión de cooperativas entre sí, y la doctrina discutía sobre la posibilidad de fusiones heterogéneas. Algunos autores negaban dicha posibilidad en absoluto²⁸, otros la aceptaban siempre que las entidades estuviesen inscritas en el Registro Mercantil²⁹, y otros la aceptaban sin más³⁰. Esta última postura resultaba poco viable mientras la legislación no se modificase, porque a la vista del procedimiento a seguir no era posible más fusión que entre sociedades mercantiles o entre cooperativas.

Dada la falta de reconocimiento legal y la imposibilidad formal de fusionar entidades de naturaleza jurídica diferente, la jurisprudencia no admitía fusiones heterogéneas³¹.

28. GIRÓN TENA en *Derecho de Sociedades Anónimas*, U. de Valladolid. 1952 pág. 619 o EMBID IRUJO en "Caracteres generales de la fusión en la nueva Ley de Sociedades Anónimas", Noticias CEE nº 76, 1991 pp. 21-27.

29. URÍA, *Derecho Mercantil ...* op. cit. pág. 397.

30. SANCHEZ CALERO afirma escuetamente: "En cualquiera de estos procedimientos pueden intervenir sociedades de distinta forma o tipo, lo que hace que el fenómeno de la fusión, que de por sí es complejo, pueda complicarse aún más con la participación de sociedades de diversa naturaleza". en *Instituciones de Derecho Mercantil*. Mc Graw Hill 24ª ed. vol. I. 2002 pág. 567.

31. Véase entre otras la STS de 25 de marzo de 1991 (RA 3097), caso Minera del Bajo Segre SA y Cooperativa. Revista CIRIEC de Legislación y Jurisprudencia, nº 4, Junio 1993, pp. 26- 30.

La situación comienza a cambiar con la aprobación de ciertas normas, la mayoría de aplicación a las cooperativas, que van a ampliar el perímetro subjetivo de la fusión. El Decreto 84/1993, que desarrolla la Ley de Cooperativas de Crédito, sin habilitación legal –como ya indicamos-, reguló en su art. 30 la fusión entre cooperativas de crédito y otras entidades de depósito. En las mismas fechas, la Ley vasca 4/1993 bajo la denominación de fusiones especiales admite al fusión de cooperativas de trabajo asociado con sociedades anónimas laborales y de cooperativas agrarias con sociedades agrarias de transformación. La Ley 30/1995 LOSSP –a la que también hicimos referencia- en su art. 23 contempla la fusión entre cooperativas, mutuas, mutualidades y sociedades anónimas, y la LSRL de 1995 en su art. 94 admite la fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad limitada o la absorción por ésta.

Siguiendo esta misma tendencia aperturista se muestra la Ley de Cooperativas 27/1999 al admitir de forma amplia las fusiones heterogéneas o fusiones especiales como las denomina en su art. 67: *“Las sociedades cooperativas podrán fusionarse con sociedades civiles o mercantiles de cualquier clase, siempre que no exista una norma legal que lo prohíba”*.

III.2. FUSIÓN DE COOPERATIVAS EN LIQUIDACIÓN

Las cooperativas que pretenden fusionarse pueden estar disueltas, en estado de liquidación –según el art. 63. 2 LC- siempre que no haya comenzado el reembolso de las aportaciones del capital social a los socios.

La norma ya estaba presente en la LC 3/1987 (art. 94. 1, ap. 2ª) y en el proyecto de 20 de septiembre de 1985 (art. 93. 1, ap. 2ª). Esta norma se incorpora en nuestra legislación a partir de la Tercera Directiva 78/855/CEE de fusiones de sociedades anónimas que en sus arts. 3 y 4 contempla la posibilidad de que la legislación de un Estado prevea la fusión de sociedades en liquidación, siempre que no haya comenzado el reparto de sus activos entre los accionistas.

Esta posibilidad sólo se reconoce en la Directiva a favor de las sociedades que se van a extinguir con ocasión de la fusión y no por tanto, a favor de la sociedad absorbente. Por el contrario, la LC y la LSA reconocen esta posibilidad a todas las sociedades participantes en el proceso de fusión.

Dejando al margen valoraciones sobre el acierto o no de esta ampliación, lo cierto es que parece –como mantiene Gómez Segade³²-, que si la sociedad o cooperativa en liquidación es la sociedad absorbente, será preciso que previamente adopte un acuerdo de reactivación, porque la sociedad en liquidación es una sociedad disuelta. En los demás casos no, porque son sociedades abocadas a su extinción.

32. GÓMEZ SEGADÉ “Algunas notas ...op. cit.” pág. 5038. En el mismo sentido se manifiesta BATALLER GRAU, J. en *La reactivación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada* EDESA, Madrid, 2000 pp. 101-102.

Así pues, como permite el legislador, la cooperativa podrá participar en un proceso de fusión aún después de haber adoptado el acuerdo de disolución y haberse abierto el periodo de liquidación. Los liquidadores pueden haber enajenado los bienes de la cooperativa, percibido los créditos pendientes y saldadas las deudas con los acreedores, pero no deben haber iniciado la devolución del capital a los socios.

La LC en su art. 75. 1 exige que no se reparta el haber social entre los socios hasta que no se hayan satisfecho íntegramente las deudas sociales, se haya procedido a su consignación o se haya asegurado el pago de los créditos no vencidos.

Una vez cumplidas estas garantías para los acreedores, podrá procederse al reparto del haber social, pero éste debe hacerse según un orden que establece el legislador en el párrafo 2º del artículo que comentamos.

Según este orden por tanto, puede haberse iniciado incluso el reparto del haber social con la puesta a disposición de la federación, del fondo de educación y promoción, y poderse todavía decidir por la asamblea general, tanto la fusión de la cooperativa como su reactivación (art. 70. 5 LC).

El momento impeditivo del acuerdo de fusión, ha sido objeto de discusión para la doctrina. Frente al criterio mantenido por algunos autores, que fijaban como momento impeditivo el de la aprobación del balance final³³, el legislador ha optado claramente por el del reembolso a los socios del patrimonio social (arts. 3 y 4 de la Tercera Directiva), momento que se inicia en la cooperativa con el reintegro a sus socios de sus aportaciones al capital social.

Para Rivero Sánchez- Covisa, llama la atención que el legislador aluda exclusivamente al "reembolso de las aportaciones del capital social" y no a otros reembolsos a los que tiene derecho el socio en caso de liquidación, como sería su participación en los fondos de reserva voluntarios que tengan el carácter de repartibles³⁴. El silencio del legislador se explica fácilmente si se tiene en cuenta que en primer lugar se reembolsa al socio su aportación a capital y posteriormente, la participación en las reservas voluntarias que le correspondan.

33. Entre estos autores puede citarse a DE LA CÁMARA, SEQUEIRA MARTÍN o BELTRÁN SÁNCHEZ. Un resumen de esta doctrina puede verse en RIVERO SÁNCHEZ –COVISA en "De la Fusión, escisión y transformación" en *Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*. Madrid. Colegios Notariales de España, 2001 Tomo I, pág. 362. Para este autor, la situación en la legislación cooperativa es todavía más clara a favor del momento del reparto como momento impeditivo, lo que se confirma por la posibilidad de realizar en el proceso de liquidación, pagos a cuenta anticipados siempre que no hayan de verse afectados por el resultado de las reclamaciones de acreedores y socios (art. 74. 2 in fine LC) y por el hecho de que la aprobación del balance de liquidación es posterior a la conclusión de las operaciones de liquidación (art. 74. 1 y 75. 1LC) a diferencia de lo que ocurre en la sociedad anónima (art. 276. 1 LSA). MACÍAS RUANO por el contrario, entiendo que erróneamente –como luego veremos- concluye que "el momento decisivo debe situarse en el de la aprobación del balance final, del que nacen todos los derechos de crédito del socio con respecto al haber social" en "Consideraciones críticas sobre fusión, escisión y transformación en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas" en REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos, nº 78, 2002 pág. 58.

34. RIVERO SÁNCHEZ- COVISA en "De la fusiónop. cit." pág. 363.

La posibilidad de que la cooperativa en liquidación pueda participar en procesos de fusión también ha sido contemplada por algunas legislaciones autonómicas. Este es el caso de la LSCEX (art. 82. 1); LCG (art. 75. 1); LCCM (art. 77); LCLR (art. 83. 1); LCC-LM (art. 81. 1) y LCCyL (art. 79. 4). Las demás legislaciones no se pronuncian sobre el tema y cabría preguntarse si en las mismas sería posible el supuesto. La doctrina no se ha pronunciado al respecto, limitándose a señalar que dichas leyes no se manifiestan sobre la viabilidad o no del caso. A la vista de la Tercera Directiva, el supuesto siendo excepcional, será posible si la legislación lo permite, si la legislación no lo permite, debería concluirse que no es posible, porque una vez acordada la disolución el accionista tiene derecho a la liquidación de su cuota, y el socio de la cooperativa al reembolso de su aportación a capital y de las reservas voluntarias en su caso. No obstante, entendemos que si dicha legislación permite la reactivación de la cooperativa disuelta, debería admitirse que una cooperativa disuelta, decida su reactivación y posterior fusión, lo que además responde al principio de conservación de la empresa. Esta conclusión permitiría afirmar que la fusión de cooperativas en fase de liquidación también sería posible en la LCPV (art. 88. 5); LSCA (art. 112); y LCCV (art. 82. 2). Por último cabría defender para toda cooperativa, como se ha hecho por la doctrina, en relación con la sociedad anónima, la posibilidad de reactivación, cuando el legislador guarde silencio. En este sentido merece destacarse la Resolución de la DGRN de 11 de diciembre de 1996 que ante el silencio de la LSA permite la reactivación de una sociedad anónima por acuerdo unánime de sus socios adoptado en Junta universal. Pero la resolución va más allá y señala que la reactivación sería posible incluso por acuerdo mayoritario con tal de que se concediera a los disidentes el derecho de separación³⁵. De aceptarse de forma general la reactivación sin necesidad de su reconocimiento legal, también sería posible la fusión en los mismos casos.

En la legislación cooperativa autonómica el momento impositivo es el del reembolso de las aportaciones a capital de socios o asociados. Como excepción, hay que destacar la LCCM que dedica un artículo expresamente a este tema en los siguientes términos: "*Art. 77. Fusión de Cooperativas en liquidación. Las Cooperativas en liquidación podrán participar en una fusión siempre que no haya comenzado el reparto de las porciones patrimoniales que procedan entre los socios*". La norma, que imita en su contenido y ubicación el art. 251 LSA, no aporta en realidad nada nuevo salvo que pueda dar lugar a confusión la expresión "porciones patrimoniales", porque en la adjudicación del haber social en la liquidación de la cooperativa madrileña hay que proceder como en la ley estatal, y se reintegrará a los socios y asociados sus aportaciones a capital, comenzando por las aportaciones voluntarias, y poste-

35. Una detallada exposición del conflicto jurídico planteado por la no incorporación a la LSA de 1989 de una norma que permitiese la reactivación de la sociedad anónima, así como una argumentada defensa de la necesidad de interpretar la reactivación como un principio general de nuestro Derecho de Sociedades, puede verse en VICENT CHULIÁ, F. en *Introducción ...* op. cit. pp. 519 - 521.

riormente si hubiese alguna reserva voluntaria repartible, se distribuirá entre los socios (art. 101. 2 LCCM). Por tanto, el momento impeditivo será también el del reparto del capital entre socios y asociados, por ser anterior en el tiempo al reparto de ningún otro elemento patrimonial.

III.3. FUSIÓN DE COOPERATIVAS EN CONCURSO

La doctrina coincide en admitir que una sociedad o cooperativa no disuelta, puede participar en un proceso de fusión estando en concurso, siempre que así se haya convenido previamente con los acreedores en el convenio celebrado, no siendo necesario para ello previsión legislativa al respecto³⁶.

Fuera de ese caso será necesaria resolución judicial que lo autorice. Así viene regulado para las sociedades de responsabilidad limitada en el art. 94. 3 LSRL y para las sociedades inscritas en el Registro Mercantil en el art. 227. 3 RRM.

La legislación cooperativa no recoge una norma similar a excepción de la LSCEX y LCCM³⁷. Ello no debe ser obstáculo que impida la fusión de cooperativas en concurso si el Juez así lo autoriza. A este respecto, la doctrina se ha pronunciado mayoritariamente a favor de la extensión de esta posibilidad a todos los supuestos de fusión de sociedades³⁸.

III.4. OTROS POSIBLES CONDICIONANTES PARA LA FUSIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA COMPATIBILIDAD DE OBJETOS SOCIALES

A falta de norma que limite las posibilidades de fusión, podemos decir que nada impide la fusión de cooperativas regidas por legislaciones diversas, ni de grados diferentes. Así podrán fusionarse entre sí cooperativas de primer y de segundo grado.

Más dudas plantea la fusión de cooperativas con diferentes objetos sociales. En principio si ninguna norma prohibitiva lo impide, tendríamos que admitir su viabilidad. No obstante, debe tenerse presente que el objeto social de una cooperativa determina el servicio que presta a sus socios y la cooperativa se constituye precisamente para realizar una actividad económica encaminada a satisfacer las necesidades y aspiraciones económicas y sociales de sus socios (art. 1. 1 LC).

Por lo tanto, se sobreentiende que esa actividad se seguirá desarrollando después del proceso de fusión, o al menos, la cooperativa resultante de la fusión desarrollará una actividad encaminada a satisfacer las necesidades y aspiraciones de sus socios.

36. VICENT CHULIÁ, F en *Introducción ...* op. cit. pág. 616 y en *Ley General ...* op. cit. pág. 441.

37. Los arts. 82. 1 de la LSCEX y 77 de la LCCM vienen a reproducir el tenor literal del art. 94. 3 LSRL.

38. En este sentido se han manifestado entre otros: RITA LARGO (en "Reflexión sobre el régimen de la fusión y escisión en la LSRL" en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*) y URIA, MENENDEZ e IGLESIAS PRADA en *Curso de Derecho Mercantil*. Civitas, Madrid, 1999. pág. 1254.

No es indiferente el objeto social de las cooperativas participantes en la fusión y de las cooperativas resultantes de la misma. Por ello no sorprende que algunas legislaciones cooperativas exijan la compatibilidad de los objetos sociales de las cooperativas que se fusionan.

El proyecto de Ley de Cooperativas de 24 de junio de 1980 establecía en su art. 69 párrafo 1º que *“La fusión de Sociedades Cooperativas en una nueva, o la absorción de una o más por otra Sociedad Cooperativa, sólo será posible cuando no lo impida la distinta naturaleza de las Cooperativas que se fusionan”*. Más tarde, la LCCAT 4/1983 recogía en el párrafo 1º de su art. 66 que *“La fusión ... sólo será posible si los objetivos sociales de las distintas cooperativas no son incompatibles”*. Estas normas se han mantenido en varias leyes vigentes como es la LCAR (art. 64. 1); la LSCA (art. 103); LCLR (art. 83. 1), y LCIB (art. 90. 1), sustituyendo la expresión “objetivos” por la más correcta de “objetos”³⁹.

La compatibilidad de objetos sociales deberá entenderse no como similitud de objetos sociales o de clases o de tipos de cooperativas (de proveedores o de usuarios), sino más bien, pensando en que la cooperativa resultante pueda satisfacer las necesidades de los socios de las cooperativas fusionadas.

Podrán existir cooperativas con objetos sociales diferentes que se fusionen en una cooperativa que tenga un objeto social plural, organizado en secciones (art. 5 LC) o bien se constituya como cooperativa integral⁴⁰, pues no es necesario que todos los socios tengan la misma necesidad o aspiración.

39. Frente a la clara distinción que hacía BROSETA (*Manual ... op. cit. pág. 189*) entre objeto social y fin social, identificando el primero como actividad o actividades para cuya realización la sociedad se constituye, y el segundo como, intento de obtener un lucro repartible entre los socios. En la legislación cooperativa es frecuente identificar como objeto social, no la actividad económica desarrollada por la cooperativa sino el fin social mutualista de satisfacer las necesidades y aspiraciones de los socios. Así por ejemplo, la LC en su art. 80. 1 nos dice que las cooperativas de trabajo asociado “tienen por objeto” proporcionar a sus socios puestos de trabajo, o el art. 88. 1 LC señala que las cooperativas de consumidores y usuarios “tienen por objeto” el suministro de bienes y servicios para uso o consumo de sus socios. Cuando el art. 11 LC nos indica cual ha de ser el contenido de los Estatutos, y el apartado b) concreta: “Objeto social”, debe hacerse referencia no sólo a la actividad económica, sino a ésta y al fin perseguido con la misma. Así, una misma actividad económica puede estar presente en distintos tipos de cooperativas. Por ejemplo, una cooperativa puede dedicarse a desarrollar la actividad del transporte para prestar servicios a los transportistas asociados (cooperativa de servicios), o para dar trabajo a sus socios (cooperativa de trabajo asociado), o para satisfacer las necesidades de los usuarios del transporte (cooperativa de consumidores y usuarios). En todas ellas la actividad es la misma, pero “el objeto social” cambia en función de cual es la necesidad de los socios a satisfacer.

40. Son cooperativas integrales –según el art. 105 LC- aquellas que, con independencia de su clase, su actividad cooperativizada es doble o plural, cumpliendo las finalidades propias de diferentes clases de cooperativas en una misma sociedad. En dichos casos, su objeto social será plural y se beneficiará del tratamiento legal que le corresponda por el cumplimiento de dichos fines.

IV. PROCEDIMIENTO DE FUSIÓN

La Ley 27/1999 regula el procedimiento de fusión homogénea en los arts. 63 (Fusión) apartados 4º a 7º; 64 (Acuerdo de fusión); 65 (Derecho de separación del socio) y 66 (Derecho de oposición de los acreedores).

Esta regulación tal y como ahora se contiene en la Ley, tiene su origen en la LGC de 1987 que se inspiró directamente en la Tercera Directiva 78/855/CEE.

Hasta ese momento, el legislador, al regular la fusión de cooperativas solo contemplaba algunas exigencias pero no establecía un procedimiento.

La LGC 3/1987, siguiendo la Directiva europea, estructura y ordena el procedimiento en sus arts. 95 (Proyecto de fusión); 96 (Documentación complementaria de la convocatoria de la Asamblea), 97 (Requisitos para el acuerdo de fusión); 98 (Balance de fusión); 99 (Derecho de separación del socio); 100 (Derecho de oposición de los acreedores) y 101 (Escritura de fusión).

El Proyecto de LC publicado en DOCG el 27 de julio de 1998, parte reproduciendo el contenido de la LGC de 1987 con algunas variaciones tomadas de la LCPV de 1993, pero –seguramente por error- no incorporó buena parte del procedimiento de fusión que antes se contenía en los arts. 95 y 96 de la LGC de 1987, y otras normas de la LSA (arts. 234 y 235 apartados d y e) que ya la LCPV había incorporado a su articulado.

Esta notoria ausencia, criticada desde un primer momento⁴¹, se colma en el trámite parlamentario al presentarse 5 enmiendas al art. 63⁴². Todas ellas con semejante tenor reclaman que: *“El proyecto de fusión deberá ser fijado en un Convenio previo por los Consejos Rectores de las sociedades que se fusionen y recogerá los requisitos necesarios para realizarla. La Asamblea General pondrá a disposición de los socios los documentos necesarios que le permitan conocer y en su caso acordar el acuerdo de fusión”*.

Dichas enmiendas se aprobaron e incorporaron a los actuales apartados 4º a 7º del art. 63.

Las demás leyes autonómicas de cooperativas estructuran el procedimiento de fusión de forma similar a la Ley estatal, con peculiaridades que veremos a continuación. Destaca por el contrario la LFCN y la LCAR al no desarrollar el procedimiento a seguir en caso de fusión, limitándose –como en la legislación anterior a 1987 a señalar los efectos y garantías que debe cumplir la fusión.

El procedimiento legal de fusión, se trate de fusión por absorción o de fusión por constitución de una nueva cooperativa se estructura en cuatro etapas, que la doctrina viene denominando: etapa preparatoria, etapa decisoria, etapa de pendencia y protección de terceros y etapa ejecutoria.

41. FAJARDO GARCÍA, I. G “La reforma de la legislación cooperativa estatal” en Revista Jurídica de la Economía Social y Cooperativa nº 10, octubre 1999 pág. 63.

42. Enmiendas nº 305 del GP Popular, nº 21 del GP Mixto; nº 240 del GP del PNV; nº 326 del GP CiU y nº 394 del GP Socialista.

IV.1. ETAPA PREPARATORIA. EL PROYECTO DE FUSIÓN

El impulso inicial en el procedimiento de fusión debe corresponder a los Consejos Rectores de las distintas cooperativas participantes, o en su defecto, a los administradores únicos de las mismas⁴³.

Los Consejos Rectores deben acordar, redactar por escrito y suscribir el proyecto de fusión en el que recogerán al menos las menciones que marca el legislador en el art. 63. 4 LC).

El proyecto de fusión. Contenido y aprobación

El proyecto de fusión debe contener al menos las menciones siguientes:

a) *“La denominación, clase y domicilio de las cooperativas que participen en la fusión y de la nueva cooperativa en su caso, así como los datos identificadores de la inscripción de aquéllas en los Registros de Cooperativas correspondientes”*. La LCCM (art. 71. 2 a) y LCCyL (art. 80.2) añade la referencia al ámbito de actuación.

b) *“El sistema para fijar la cuantía que se reconoce a cada socio de las cooperativas que se extingan como aportación al capital de la cooperativa nueva o absorbente computando, cuando existan, las reservas voluntarias de carácter repartible”*. La referencia a las reservas voluntarias repartibles no estaba presente en la LGC de 1987 porque no se permitían, las reservas voluntarias que contemplaba la ley eran irrepartibles.

c) *“Los derechos y obligaciones que se reconozcan a los socios de la cooperativa extinguida en la cooperativa nueva o absorbente”*.

d) *“La fecha a partir de la cual las operaciones de las cooperativas que se extingan habrán de considerarse realizadas, a efectos contables, por cuenta de la cooperativa nueva o absorbente”*. Este apartado que no se encontraba en la LGC de 1987, reproduce el apartado d) del art. 235 de la LSA.

e) *“Los derechos que correspondan a los titulares de participaciones especiales, títulos participativos u otros títulos asimilables de las cooperativas que se extingan en la cooperativa nueva o absorbente”*. Este apartado que tampoco se encontraba en la LGC, reproduce el apartado e) del art. 235 de la LSA.

A las anteriores menciones, la LCC-LM en su art. 82 f) añade otra: *“Descripción de los bienes muebles e inmuebles a los que, a consecuencia de la fusión, pueda afectar algún cambio de titularidad en cualquier registro público”*.

La anterior es una relación mínima de menciones que debe contener el proyecto de fusión, lo cual no impide que los partícipes incorporen otras. Así por ejemplo, la Ley no ha incorporado en el proyecto la mención de las ventajas que se atribuyan a los administradores y directivos de las cooperativas participantes. Esta mención

43. PAZ CANALEJO, N. propone que la fusión pueda ser promovida también por otros órganos de la cooperativa y por una minoría de socios (en *La Sociedad Cooperativa ante el reto de los mercados actuales. Un análisis no sólo jurídico*. Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, pág. 200).

no implica que deban asignárseles ventajas particulares, sino que si existen, se deben reflejar en el proyecto. Así se concibe en la Tercera Directiva (art. 5 g) y en el art. 235 f) LSA.

La legislación cooperativa española no hace referencia a este aspecto, sin embargo consideramos que en aras de una más transparente información al socio, debería recogerse también en el proyecto de fusión, si existen, esas ventajas.

Por el contrario, la LCCM (art. 72) que sí prevé el reconocimiento de ventajas particulares a los administradores de las cooperativas con ocasión de la fusión no exige que se informe de ello en el proyecto de fusión.

El proyecto redactado por los Consejos Rectores, deberá ser suscrito por todos ellos como convenio previo. A diferencia de lo prescrito en la LSA (art. 236) y RRM (art. 226), el proyecto aprobado no tiene que ser depositado en ningún registro para su calificación previa. Esto puede restar garantías al procedimiento de fusión.

Una vez aprobado el proyecto de fusión surgen para los administradores una serie de deberes y obligaciones:

a) En primer lugar, como dice el art. 63. 5 LC, los administradores deben abstenerse de realizar cualquier acto o celebrar cualquier contrato que pudiera obstaculizar la aprobación del proyecto o modificar sustancialmente la proporción de la participación de los socios de las cooperativas a extinguir en la nueva o absorbente (art. 63. 5). Esta norma se toma del art. 234 de la LSA, y la prohibición que contiene sería extensible –en opinión de Morillas⁴⁴– a cuantas personas hubieran intervenido en las fases previas a la aprobación del proyecto. Debería ser así pero no existe fundamentación jurídica suficiente que permita extender esta norma prohibitiva.

b) En segundo lugar deben elaborar y preparar la documentación necesaria para dar información a los socios sobre el proyecto, tal y como veremos en el apartado siguiente.

c) Por último, los administradores de cada cooperativa participante deberán convocar las respectivas asambleas generales y poner a su disposición la anterior información, con el fin de que los socios se pronuncien sobre el proyecto.

Documentación complementaria

Los Consejos Rectores tienen que elaborar un conjunto de documentos complementarios al proyecto, que aporten la información necesaria para que los socios puedan decidir con conocimiento la fusión o no de su cooperativa. Esta documentación tendrá que ponerse a disposición de los socios desde el momento de la convocatoria de la asamblea general.

Entre esos documentos deben encontrarse:

a) *“Los informes, redactados por los Consejos Rectores de cada una de las cooperativas sobre la conveniencia y efectos de la fusión proyectada”*. Estos Informes o

44. MORILLAS, M.J. en *Curso ...* op. cit. pág. 508.

Memorias deberían explicar y justificar desde el punto de vista jurídico y económico el proyecto de fusión así como la situación económica en que quedarán los socios de las cooperativas extinguidas, como exige la Directiva.

b) *“El balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria explicativa de los tres últimos ejercicios de las cooperativas que participen en la fusión y, en su caso, los informes de gestión y de los auditores de cuentas”.*

c) *“El balance de fusión de cada una de las cooperativas cuando sea distinto del último anual aprobado”.* Podrá considerarse balance de fusión el último balance anual aprobado, siempre que hubiera sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de celebración de la asamblea que ha de resolver sobre la fusión. La regulación del balance de fusión experimenta en la legislación cooperativa estatal la misma evolución que en la LSA, se pasa de un balance extraordinario, realizado con el fin de determinar el valor real del patrimonio de cada sociedad y la relación de canje de las acciones, a un balance que tiene una función meramente informativa⁴⁵, por lo que no se exige ni su aprobación por la asamblea ni su censura por los interventores como ordenaba el art. 98 LGC. Sin embargo, la legislación cooperativa autonómica ha mantenido la regulación del balance de fusión en los términos de la anterior Ley de 1987, exigiendo su aprobación por la asamblea y contemplando la posibilidad de su impugnación⁴⁶.

d) *“El proyecto de Estatutos de la nueva cooperativa o el texto íntegro de las modificaciones que hayan de introducirse en los Estatutos de la cooperativa absorbente”.*

e) *“Los Estatutos vigentes de todas las cooperativas que participen en la fusión”.*

f) *“La relación de nombres, apellidos, edad, si fueran personas físicas, o la denominación o razón social si fueran personas jurídicas y en ambos casos, la nacionalidad y domicilio de los consejeros de las sociedades que participan en la fusión y la fecha desde la que desempeñen sus cargos, y en su caso, las mismas indicaciones de quienes vayan a ser propuestos como consejeros como consecuencia de la fusión”*⁴⁷. Esta última indicación no se exigía en la LGC y se incorpora por influencia de la LSA (art. 238 h).

45. Véase VICENT CHULIÁ, F en *Ley General ... op. cit.* pp. 455 - 460.

46. Así se manifiestan la LSCEX (art. 84. 3); LCG (art. 79); LSCA (art. 105); LCCAT (art. 77. d); LCC-LM (art. 83. 3); LCIB (art. 92) y LCCyL (art. 81. 4). Por tanto, la opción del legislador estatal en este tema solo es secundada por la LCPV, en quien sin duda se inspiró y por la LCCV al remitirse a la LC (art. 75 g). En cuanto al plazo máximo en que debió cerrarse al balance para que pueda considerarse balance de fusión, frente a los 8 meses que exigía la LGC 1987 y que todavía conservan algunas leyes autonómicas (v. gr. LSCEX), la LC y otras leyes autonómicas se inclinan por poner el límite en los seis meses, y por último, la LCCyL fija el plazo en 5 meses.

47. La LCLR (art. 84. g) –posiblemente por error- exige *“la relación de socios con indicación del nombre y apellidos, y, en ambos casos, la nacionalidad y domicilio de los consejeros ...”.*

En la enumeración de documentos se echa en falta la referencia al Informe de expertos independientes sobre si la relación de canje es o no pertinente, como exige la Directiva en su art. 10. Esta norma ha tenido una desigual aceptación en nuestro Derecho. Al ser la Directiva de obligado cumplimiento sólo para las sociedades anónimas, en principio sí se recoge esta exigencia en la LSA (arts. 236 y 238), pero no en la LSRL cuyo art. 94. 2 excusa de someter el proyecto de fusión al informe de expertos independientes, excepto en el caso de que alguna de las sociedades que se extingan como consecuencia de la fusión revista la forma de anónima o comanditaria por acciones.

En la legislación cooperativa, la suerte de esta exigencia también ha sido desigual.

La primera ley de cooperativas españolas que se adaptó a la Tercera Directiva fue la LCCV de 1985 y en su art. 64. 2 a) recogía la obligación de elaborar un informe por expertos contables verificadores de cuentas independientes que estuvieran en el ejercicio de su cargo sobre la situación económica y financiera de las cooperativas que intervienen en la fusión y la previsible de la cooperativa resultante y de los socios como consecuencia de la fusión. Este informe debía ser enviado a cada socio junto con la convocatoria de la Asamblea General, el proyecto de fusión y la Memoria del Consejo Rector. Si la cooperativa tenía más de 5000 socios se preveía un sistema alternativo de información.

Esta exigencia no se recogió en la LGC de 1987 ni en la actual de 1999, pero sí se ha mantenido en la LCCV de 2003 (art. 75. 2 a); en la LCAR (art. 64. 2); LSCA (art. 106. b); LCCAT (art. 77. b) y LCIB (art. 93. 1 b).

Por último, se echa también en falta una norma como la del art. 238. 2 LSA que en aras de garantizar una información lo más completa posible, exige a los administradores que informen en la junta general de su sociedad sobre cualquier modificación importante del activo o del pasivo acaecida en cualquiera de ellas entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y la de la reunión de la junta general. Esta medida también sería necesaria en las cooperativas, pero sólo se contempla en la LSCA (art. 106. 3) y LCIB (art. 93. 3).

Convocatoria de las distintas Asambleas Generales

Una vez suscrito por los distintos Consejos Rectores el proyecto de fusión, estos deberán convocar las Asambleas Generales de sus cooperativas con el fin de someter a la aprobación de las mismas el proyecto.

No existe plazo legal para proceder a la convocatoria y celebración de la Asamblea General, pero si la fusión no se aprueba por todas las cooperativas participantes en el plazo de 6 meses (4 en la LCCM) desde que se suscribe el proyecto, éste queda sin efecto (art. 63. 6). La caducidad del proyecto no impedirá que los distintos Consejos Rectores reinicien el procedimiento con la firma de nuevo del mismo u otro proyecto de fusión.

El legislador quiere que al convocarse cada Asamblea General se ponga a disposición de los socios en el domicilio social de su cooperativa, el proyecto de fusión y la documentación complementaria. Esta obligación debe conectarse con el derecho

de información que asiste a los socios y que se concreta en el art. 16. 3 d) LC según el cuál: *“...El socio tendrá derecho como mínimo a: d) Examinar en el domicilio social y en aquellos centros de trabajo que determinen los Estatutos, en el plazo comprendido entre la convocatoria de la Asamblea y su celebración, los documentos que vayan a ser sometidos a la misma...”*.

La LGC de 1987, más generosa con el derecho de información a los socios, exigía que en la convocatoria se incluyesen las menciones mínimas que debe tener el proyecto y se hiciese constar el derecho de todos los socios y asociados a examinar en el domicilio social los documentos fijados por la Ley, así como a pedir la entrega o envío gratuito del texto íntegro del proyecto de fusión y de la Memoria redactada por el Consejo Rector sobre la conveniencia y efectos de la misma (art. 97. 1 a).

Este precepto reforzaba más el derecho de información de los socios con varias medidas: 1º El socio podía pedir la entrega o envío gratuito del proyecto y Memoria. 2º. La convocatoria no se limitaba a señalar como punto del orden del día la aprobación de la fusión sino que debía incorporar otros datos (las menciones mínimas del proyecto y una referencia expresa al derecho del socio a examinar la documentación adjunta en el domicilio o a recibir una copia de la misma).

La legislación cooperativa autonómica no es unánime en este tema, mientras la LCCM (art. 73. 2) y LCCyL, siguen la línea de la LC, las demás legislaciones –a excepción de la LFCN- han conservado el régimen de la LGC más exigente en el deber de informar a los socios⁴⁸.

IV.2. ETAPA DECISORIA. EL ACUERDO DE FUSIÓN. ADOPCIÓN Y PUBLICACIÓN

La aprobación de la fusión es una decisión que compete en exclusiva a la Asamblea General y es indelegable (art. 21. 3 LC). La asamblea en la que vaya a tratarse y debatirse la fusión puede ser tanto ordinaria como extraordinaria o universal⁴⁹. También podría adoptarse el acuerdo de fusión en una Asamblea de Delegados, siempre que los socios hayan podido ejercitar su derecho de información y emitir sus votos en las asambleas preparatorias respectivas (art. 30 LC).

Dada la naturaleza democrática de la cooperativa, para adoptar el acuerdo de fusión no basta con el voto favorable de la mayoría del capital representado como en la LSA, lo que puede representar la voluntad favorable de una minoría de socios,

48. Entre ellas: LCG (art. 78. 1. a); LCPV (art. 79. 2); LSCEX (art. 85. 1.a); LCLR (art. 85. 3. a); LCC-LM (art. 84. 1. a); LSCA (106. 1); LCCV (art.75) y LCIB (art. 93. 1).

49. Para los miembros de la Comisión Notarial del Colegio de Bilbao, la asamblea universal evitaría la previa convocatoria y todas sus formalidades, pero no evitaría el tener que redactar y poner a disposición de los socios la Memoria justificativa de la fusión (en “De la Fusión y Escisión” *Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa*, II. Colegios Notariales de España, 1996, pág. 956.

sino que se precisa contar con el voto de los dos tercios de los socios presentes y representados, debe conseguirse un mayor número de adhesiones y por ello los esfuerzos para informar y convencer son mayores.

No es inusual por tanto que antes de la celebración de la asamblea general que tenga que decidir sobre la fusión, se celebren asambleas previas informativas en las que los socios tengan la oportunidad de manifestar sus dudas e incluso proponer alternativas⁵⁰. Para no entorpecer el normal procedimiento de la fusión y reconociendo la conveniencia de estas reuniones previas, sería deseable que las mismas se celebrasen una vez convenido el proyecto de fusión por los Consejos Rectores pero antes de su ratificación por los mismos.

El acuerdo de fusión debe ser adoptado –conforme al art. 64 LC- en Asamblea General por cada una de las sociedades que se fusionen, por la mayoría de los dos tercios de los votos presentes y representados.

Para que el acuerdo sea válido es preciso que exista el quórum necesario, que en primera convocatoria requiere que más de la mitad de los votos estén presentes o representados, porcentaje que se rebaja al 10% de los votos o 100 votos en la segunda convocatoria e incluso, si los Estatutos lo han previsto, bastará la presencia de socios cualquiera que sea su número para dar por válidamente constituida la asamblea, cualquiera que sea el tema a tratar, incluso la fusión (art. 25 LC). Esta última norma que ofrece tan pocas garantías de democracia sólo ha sido secundada por la LCPV (art. 34. 2 según redacción dada por Ley 1/2000) y la LCCAT (art. 32. 1).

El legislador estatal permite el voto plural en algunos supuestos y no exceptúa su reconocimiento en ningún caso (art. 26 LC). Merece que recordemos aquí que en el Derecho de cooperativas europeo, cuando se reconoce el voto plural a las personas físicas se exceptúa su aplicación ante acuerdos que requieren mayorías calificadas para su aprobación, como sería el caso del acuerdo de fusión⁵¹.

El legislador no ha incorporado tampoco una medida prevista en la Directiva (art. 7. 2) y en la LSA (art. 240. 3) y que tiende a proteger a los titulares de distintas categorías de acciones, al exigir que cuando existan varias categorías de acciones, la decisión sobre la fusión estará subordinada a una votación por separado al menos

50. Como indican JULIÁ, SERVER y MELIÁ (en *Los procesos* op. cit. pág. 79) : *“Aunque la legislación únicamente recoge la obligatoriedad de convocar la Asamblea General que aprobará el citado proyecto, dado que éste ha de ser ratificado sin modificaciones, es recomendable convocar con anterioridad una Asamblea informativa en la que se facilite y explique el contenido del mismo, pudiendo así los socios exponer sus opiniones, propuestas de modificación y en su caso su oposición a la fusión. En estos casos, sobre la base del debate generado en la Asamblea y las propuestas de los socios, la cooperativa tiene capacidad de reacción y de renegociación con la otra u otras cooperativas en los puntos que considere necesario del Proyecto de Fusión, de forma que se ven incrementadas las garantías de éxito de la Asamblea aprobatoria”*.

51. Véase entre otros el art. 43. 3 de la Ley alemana de Cooperativas de 1889 tras su reforma por la Ley de 1973, primera ley en reconocer el voto plural en las cooperativas a las personas físicas.

para cada categoría de accionistas a cuyos derechos afecte la operación. En la cooperativa no existen clases de acciones pero sí clases de socios, tenemos socios colaboradores, asociados, socios de trabajo, socios excedentes, socios cooperadores (de duración ilimitada o no, incluso en cooperativas integrales podemos encontrar socios usuarios, socios proveedores, socios trabajadores, etc.); y la fusión puede afectarles de manera muy distinta a unos y otros. Hubiera sido deseable que el legislador hubiera exigido la votación separada de aquellos colectivos a los que la fusión pudiera afectar especialmente. No siendo así, sería conveniente que en la práctica se tuviera en cuenta.

Otro aspecto relativo al acuerdo de fusión sobre el que tampoco la actual LC se ha pronunciado y sí lo había hecho su predecesora es el alcance de dicho acuerdo. La Directiva (arts. 7. 3 y 23. 3) exige que la decisión a tomar se refiera a la aprobación del proyecto de fusión y las modificaciones estatutarias que requiera la sociedad absorbente o, en su caso, el proyecto de estatutos de la nueva sociedad. La LGC (art. 97. b) recogía la necesidad de pronunciarse sobre estas menciones y además, exigía que en el acuerdo de fusión se aprobase el proyecto sin modificaciones⁵². Esta regulación, conforme con la LGC ha sido mantenida por la mayor parte de las leyes cooperativas autonómicas⁵³.

La ausencia de regulación en la LC apenas se complementa con lo previsto en el RRSC (art. 11 c), que se limita a establecer que para la inscripción de la fusión se requiere escritura pública que formalice el acuerdo o acuerdos de fusión y para inscribir la nueva sociedad resultante será preceptivo que la escritura responda a los requisitos de los arts. 10 y 1 de la LC. Se presume que si se trata de una fusión por constitución de una nueva cooperativa, el acuerdo de fusión incorpora las menciones necesarias para la constitución de la nueva entidad. Si por el contrario, se trata de una fusión por absorción, aunque la LC no lo diga expresamente- el acuerdo de fusión deberá incorporar las modificaciones que deberán realizarse en los estatutos de la cooperativa absorbente. Estas modificaciones deben someterse a la aprobación de todas las asambleas generales y no sólo –como decía la LGC- a la aprobación por la sociedad absorbente (art. 101. 2 LGC).

52. Para LARGO GIL, R., la inmodificabilidad es la regla pero no el principio, por lo que –en todo proceso de fusión- los socios deben poder modificar el proyecto aunque no indiscriminadamente y sin fundamento (en “La modificación del proyecto de fusión por los socios” en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*. Vol. V. Madrid, 2002, pp. 5054 - 5055. También, en relación específica a las cooperativas, la Comisión Notarial del Colegio de Bilbao reconoce que los socios deben al menos, poder indicar a sus administradores en qué términos admitirían la fusión (en “De la fusión ... op. cit.” pág. 959).

53. Así, exigen que el acuerdo de fusión no pueda modificar el proyecto convenido entre los Consejos Rectores: la LCCV (art. 75. 2. a); la LCCM (art. 73. 3); LSCA (106. 1); LCCAT (art. 78. 2); LCPV (art. 79. 3); LSCEX (art. 85. 1. b); LCG (art. 78. 1. b); LCLR (art. 85. 3. b); LCC-LM (aart. 84. 1. b) y LCIB (art. 93. 1. a). Por su parte, exigen que en el acuerdo de fusión se incorpore la aprobación de las modificaciones estatutarias de la sociedad absorbente o el proyecto de estatutos de la nueva cooperativa : La LCC-LM (art. 84. 1 b); LCPV (art. 79. 4); LSCEX (art. 85. 1 b); LCCM (art. 73. 4); LCCAT (art. 78. 3) y LCIB (art. 93. 1 a).

La aprobación de la fusión por las distintas asambleas generales no produce por sí la fusión de las cooperativas, hecho que queda supeditado a la inscripción en el Registro de Cooperativas de la nueva cooperativa o la modificación de la absorbente, pero obliga a las cooperativas participantes a continuar con el procedimiento de fusión y el siguiente paso será la publicación del acuerdo de fusión en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social (art. 64. 2 y 3 LC).

Las legislaciones cooperativas autonómicas adoptan un sistema similar de publicidad de los acuerdos de fusión pero con variaciones. Siempre se exige la publicidad del acuerdo en el Diario Oficial de la Comunidad (o en el Boletín Oficial de la Provincia como en Aragón), más en uno, dos o varios diarios de gran difusión en la provincia o Comunidad donde tenga su domicilio social (y en ocasiones, su centro de trabajo) las cooperativas implicadas en el proceso⁵⁴.

Por otra parte y a diferencia de la LC algunas legislaciones autonómicas exigen –como el art. 243. 2 LSA– que el anuncio del acuerdo de fusión haga referencia al derecho de oposición de los acreedores, que veremos en el apartado siguiente⁵⁵ y la LCCM exige además que se haga referencia también al derecho del socio que votó en contra del acuerdo a causar baja justificada en los términos del art. 74.2.

Por último, ninguna de las normas cooperativas analizadas establece el momento o plazo dentro del cual deberá publicarse el acuerdo.

IV.3. ETAPA DE PENDENCIA Y PROTECCIÓN DE TERCEROS

Esta etapa se inicia en la fecha de la última publicación del anuncio de fusión y tiene una duración de dos meses. En esta etapa los socios pueden separarse de la cooperativa en las condiciones que veremos a continuación y los acreedores pueden oponerse a la fusión si sus créditos no son satisfechos o suficientemente garantizados.

El “derecho de separación” del socio o derecho a causar baja justificada de la cooperativa

El art. 65 LC establece que los socios de las cooperativas que se fusionen y que no hubieran votado a favor de la fusión tendrán derecho a separarse de su cooperativa, mediante escrito dirigido al Presidente del Consejo Rector, en el plazo de 40 días desde la publicación del anuncio del acuerdo. La cooperativa resultante de la

54. La regulación de la publicidad del acuerdo de fusión se contiene en: LCPV (art. 79. 6); LFCN (art. 55. 1); LSCEX (art. 85. 1 c); LCG (art. 78. 1. c); LCAR (art. 64. 3); LCCM (art. 73. 6); LSCA (art. 106. 2); LCLR (art. 85. 3. c) y LCIB (art. 85. 3).

55. Recogen esta exigencia la LCPV (art. 81. 3); LSCEX (art. 87. 2); LCG (art. 81); LCCM (art. 75. 3); LCLR (art. 88. 1) y LCCAT (art. 80. 3).

fusión asumirá la obligación de la liquidación de las aportaciones del socio disconforme, en el plazo regulado en esta Ley para el caso de baja justificada y según lo establecieron los estatutos de la cooperativa de que era socio. La LCCAT (art. 79. 2) va mas allá y condiciona la fusión a que se haya garantizado el reembolso de las aportaciones de los socios que hayan ejercido el derecho de separación con motivo de este acuerdo.

El primer comentario que suscita el art. 65 LC, es el desafortunado título de “Derecho de separación” que se incorpora en la legislación cooperativa a partir del proyecto de 1985 y se consagra en la LGC (art. 99). Es desafortunada la expresión porque en la cooperativa, dado el principio de puertas abiertas que le caracteriza, el socio siempre puede causar baja de la misma⁵⁶, lo que podrá variar es que la baja se califique como justificada o no, por ello, acertadamente, la LCCM titula a este precepto “Derecho de baja justificada”⁵⁷. Lo que el art. 65 LC quiere significar es que se considera justificada la baja cuando tiene su causa en la disconformidad con el acuerdo de fusión y para ello no hacía falta un precepto específico, podría haberse sumado la citada causa a otras existentes a lo largo de la Ley y aplicarle el mismo proceso de tramitación como hace la LCCV⁵⁸. La LCC-LM (art. 85) contrasta porque no hace referencia a la calificación como justificada de la baja. Entendemos que se trata de un olvido, porque esta Ley reconoce el derecho a la baja del socio en

56. Según establece el art. 17. 1 LC: *“El socio podrá darse de baja voluntariamente en la cooperativa en cualquier momento, mediante preaviso por escrito al Consejo Rector”*.

57. Sin embargo la LCCM es restrictiva a la hora de calificar como justificada la baja en estas circunstancias y el art. 74. 1 establece: *“la baja se reputará injustificada cuando las prestaciones y servicios que vayan a recibir los socios desde la Cooperativa nueva o absorbente sean análogos a los que les ofrecía la Sociedad de Origen”*.

58. La calificación de la baja y las consecuencias de la misma es una materia en la que la LC se aparta de lo que ha sido hasta ahora nuestra tradición legislativa. Tradicionalmente, el socio podía causar baja en cualquier momento, pero esa baja sólo se consideraba justificada si concurrían determinados presupuestos previstos en la ley y en los estatutos (normalmente, disconformidad con determinados acuerdos de la asamblea general y proceder a la baja dentro de cierto plazo). La baja justificada permitía recuperar íntegramente la aportación que el socio tuviese en el capital de la cooperativa en un plazo máximo de un año. Por el contrario, la baja injustificada podía suponer un deducción (hasta el 20%) de las aportaciones obligatorias a reembolsar más un aplazamiento en su devolución de hasta cinco años. La LC rompe con ese esquema y no atribuye ninguna consecuencia económica a la baja injustificada, ni siquiera a la expulsión de un socio, salvo que se produzca dentro de un plazo máximo de cinco años desde que ingresa en la cooperativa ya que los estatutos pueden contemplar que en ese plazo los socios no podrán causar baja si no es justificada (art. 17. 3 y 51. 3 LC). Dada la actual regulación de la baja en la LC podemos decir que si la fusión tiene lugar dentro de ese plazo estatutario, el socio disconforme con el acuerdo podrá causar baja justificada si la tramita en el plazo establecido, si no la tramita dentro de ese plazo, podrá causar baja, que se calificará como injustificada y podrán deducirle hasta un 30% de las aportaciones obligatorias a reembolsar y aplazar este reembolso hasta cinco años. Si la fusión se acuerda pasado ese plazo, el socio siempre podrá causar baja cumpla o no los presupuestos, y no se le podrá penalizar por ello ni con descuentos ni con aplazamientos.

cualquier momento y prevé también a la calificación de la misma como justificada o no (art. 30).

Por otra parte, la expresión “derecho de separación”, también empleada en la LSRL (art. 97) y en la LSA (art. 147 y 149), puede llevar a la confusión de que se trata de la misma institución y produce los mismos efectos cuando no es así. El ejercicio del derecho de separación en las sociedades mercantiles permite reclamar la parte alícuota en el patrimonio neto de la sociedad, mientras que en la cooperativa, cuando el socio causa baja (voluntaria o no) sólo tiene derecho a recuperar la aportación a capital realizada, actualizada en su caso y, si la legislación lo permite, parte de las reservas voluntarias repartibles (art. 51 LC).

La calificación de justificada podrá aplicarse a la baja de cualquier socio de las cooperativas implicadas en el proceso de fusión. La LGC sólo lo reconocía a los socios y asociados disconformes de las cooperativas que se extinguiesen (art. 99. 1º y 3º), la misma limitación se mantiene hoy en la LSCEX (art. 86) y LCG (art. 86. 3). La medida discriminatoria se inspiraba seguramente en el art. 223. 2 del Anteproyecto de LSA de 1979 y fue en su momento criticada por Vicent Chuliá⁵⁹, quien argumentaba que la fusión también produce una modificación estructural en la composición del patrimonio y de los socios de la cooperativa absorbente, por lo que la Ley debería dar una respuesta unitaria para los socios de las cooperativas que se extinguen y para la absorbente. Además, podría ser que –como consecuencia de la fusión– el socio de la cooperativa absorbente tuviera otras razones para causar baja justificada de la cooperativa como puede ser la disconformidad con un acuerdo que implica la asunción de obligaciones o cargas gravemente onerosas no previstas en los Estatutos (art. 32. 3 LGC) o con un acuerdo de modificación de estatutos que consista en el cambio de clase de cooperativa (art. 92. 2 LGC).

Por otra parte, sólo podrá calificarse de justificada la baja de los socios que no votaron a favor del acuerdo, expresión que permite comprender tanto a los que votaron en contra o se abstuvieron y así lo prueben, los que fueron privados ilegítimamente del derecho de voto, y los ausentes⁶⁰. En el panorama autonómico encontramos otros criterios a la hora de delimitar qué socios y asociados, en su caso, pueden causar baja justificada por este motivo. Así, varias legislaciones atribuyen ese derecho al socio “disconforme” como la LGC⁶¹. Otro grupo de legislaciones restringen más la posibilidad de baja justificada por este motivo, pues sólo se concede

59. VICENT CHULIÁ, F. en *Ley General ... op. cit.* pág. 463.

60. Un criterio similar a éste es empleado por la LCCV, pero esta Ley regula conjuntamente todos los supuestos de baja justificada en un mismo artículo y conforme a un mismo procedimiento: los socios que no han votado a favor de determinados acuerdos –entre ellos la fusión– pueden causar baja justificada comunicándolo al Consejo Rector en el plazo de 40 días desde la adopción del acuerdo o su recepción si estaba ausente (art. 22. 3).

61. Atribuyen este derecho al socio disconforme aunque en plazos diferentes: la LFCN (art. 55. 2-2º): 30 días; LSCEX (art. 86. 1) y LCC-LM (art. 85. 1): 40 días; LSCA (art. 106. 4) y LCIB (art. 93. 4): 1 mes.

a quienes hayan votado en contra (no si se abstuvieron) y a los no asistentes que expresen su disconformidad por escrito dentro de cierto plazo⁶². Finalmente, con un criterio todavía más restrictivo, la LCCM (art. 74. 1) sólo reconoce este derecho a los socios que hayan votado en contra de la fusión.

La baja debe tramitarse mediante escrito dirigido al presidente del Consejo Rector, en el plazo de cuarenta días desde la publicación del anuncio del acuerdo, entendemos que el día a quo será el de la última publicación, pues debe publicarse en el BOE y en un diario (art. 64. 2 LC). La tramitación de la baja difiere de otros supuestos previstos en la LC como son los contemplados en los arts. 17. 4 y 11 *in fine*. No se justifica la diversidad de criterios en la tramitación de la baja justificada del socio.

El segundo párrafo del art. 65 asigna a la cooperativa resultante de la fusión, la obligación de la liquidación de las aportaciones al socio disconforme que causa baja.

Desde el momento en que se extingue una de las cooperativas fusionadas, será la resultante de la fusión la que asuma la carga de liquidar y reembolsar las aportaciones al socio que a partir de ese momento cause baja.

Vicent Chuliá⁶³, analizando esta norma en el art. 99 LGC de similar contenido, afirmaba que *“el ejercicio de este “derecho de separación” no se ejercita frente a la Cooperativa que se extingue, sino frente a la resultante”*. No podemos compartir esa tesis porque cuando el socio causa baja, su cooperativa no se ha extinguido todavía y él no puede ejercer un derecho frente a una cooperativa que no existe (fusión por constitución de una nueva cooperativa) o de la que no es socio todavía (cooperativa absorbente).

La baja será efectiva frente a la cooperativa desde que se le notifica al presidente⁶⁴ y por tanto la baja se produce ante su cooperativa. Otra cuestión será quien debe realizar la liquidación del importe que se le debe reembolsar o quien deberá reembolsar esas cantidades. Esta última tarea, que puede durar hasta cinco años (art. 51. 4 LC), será realizada indudablemente por la cooperativa resultante de la

62. Este criterio, pero también con plazos diferentes, es seguido por: LCPV (art. 80. 1) y LCLR (art. 87. 1): 40 días; LCG (art. 80. 1): 2 meses; LCCYL (art. 83. 1) y LCAR (art. 22. c y 64. 4): 1 mes; y por último: LCCAT (art. 79. 1) también en el plazo de un mes pero sólo reconoce el derecho a los ausentes en el caso de que su ausencia fuera por causa justa. En estos casos, debe tenerse en cuenta que el socio ausente dispone de un plazo para presentar el escrito, a partir de la fecha de publicación del acuerdo y de otro que suele ser de un mes para formalizar la baja a partir de la presentación del escrito. El plazo de que dispone el socio que votó en contra cuenta desde la fecha de la asamblea general.

63. VICENT CHULIÁ, F en *Ley General* ... op. cit. pág. 462.

64. Contrariamente, la LCAR, a pesar de reconocer el derecho a causar baja en la cooperativa en cualquier momento observando un plazo de preaviso de tres meses (art. 22. a), habla en el art. 64. 4 de causar baja “mediante solicitud”, creemos que es un error porque el socio no debe solicitar la baja sino comunicarla.

fusión. La liquidación podría en cambio ser realizada por la cooperativa a extinguir o por la resultante de la fusión. Entiendo que el art. 65. 2 LC quiere asignar esta tarea a esta última, ello evitaría también tener que alterar la cifra de capital de las cooperativas fusionadas.

Las condiciones en que se procederá a esa liquidación serán –según el art. 65. 2- “en el plazo regulado en esta Ley para el caso de baja justificada y según lo establecieran los Estatutos de la cooperativa de que era socio”. Esta norma merece un par de comentarios.

En primer lugar, la última parte confirma la tesis anterior. La cooperativa resultante de la fusión tendrá que liquidar al socio que causó baja de la cooperativa que finalmente se extinguió, pero lo hará de conformidad con los estatutos de la cooperativa extinguida. Será por tanto el Consejo Rector de la cooperativa resultante de la fusión quien, a la vista de los estatutos y del balance de fusión de la cooperativa extinguida, determine el importe a liquidar al socio que causó baja, y proceda a su reembolso en los plazos que ésta determine.

El segundo comentario que merece esta norma se centra en la expresión: “en el plazo regulado en esta Ley para el caso de baja justificada”, porque, con la nueva regulación de la baja, la LC ya no distingue plazos según se trate de baja justificada o no, limitándose a establecer: “*El plazo de reembolso no podrá exceder de cinco años a partir de la fecha de la baja*” (art. 51. 4). Plazo que solo se exceptúa en caso de baja por fallecimiento, que se reduce a un año desde el deceso. El plazo deberá ser por tanto el fijado en los estatutos de la cooperativa extinguida.

El derecho de oposición de los acreedores

La etapa de pendencia ha de permitir también que los acreedores conozcan el proyecto de fusión y puedan oponerse al mismo si la cooperativa no paga o garantiza sus créditos (art. 66 LC).

La fusión puede entrañar un riesgo para los acreedores. Es probable que su deudor se extinga, y aunque la sociedad resultante de la fusión pueda tener un patrimonio superior, también puede ocurrir que se incremente el conjunto de sus deudas o tenga que concurrir con otros acreedores privilegiados. Además una modificación estructural tan importante puede generar descontento entre los socios y causar bajas en un número importante, lo que reduciría la capacidad patrimonial de la cooperativa. Por estas y otras razones, un proceso como la fusión puede generar desconfianza en los acreedores, y por ello, el legislador debe articular medidas que permitan el desarrollo de la fusión protegiendo sus intereses.

En principio, al tratarse de una novación subjetiva del deudor debería requerirse el consentimiento del acreedor para llevar a cabo la fusión, pero esto supone dejar al arbitrio de los acreedores la fusión.

Por ello, tanto la legislación cooperativa como la LSA han optado por un mecanismo de protección *a priori* consistente en reconocer a los acreedores el derecho a oponerse a la fusión si no se garantizan sus créditos⁶⁵.

Precisamente, una de las finalidades buscadas con la publicación del anuncio de fusión es permitir que los acreedores la conozcan y puedan oponerse, y ello a pesar de que la LC no exige –como la LSA (art. 243. 2) y buena parte de la legislación cooperativa autonómica como vimos– que en el anuncio se recoja expresamente la existencia del derecho de oposición de los acreedores. Por ello, la fusión no podrá ejecutarse hasta que transcurran dos meses “desde la publicación del anuncio del acuerdo de fusión”, entendiéndose, desde la publicación del último anuncio, y la escritura de fusión habrá de manifestar expresamente que no se ha producido oposición o de haber existido, manifestará que se han pagado o garantizado sus créditos (art. 66 LC).

El art. 13 de la Tercera Directiva establece que las legislaciones de los Estados miembros deberán prever un sistema de protección adecuado de los intereses de los acreedores de las sociedades que se fusionen y a este fin, preverán, al menos, que estos acreedores tengan derecho a obtener garantías adecuadas cuando la situación financiera de las sociedades que se fusionan haga necesaria esta protección y sus créditos no dispongan ya de tales garantías.

Como vemos, la Directiva no exige que el derecho de oposición se tenga en todo caso sino sólo si los créditos no disponen de garantías y cuando la situación financiera de las sociedades haga necesaria la protección. Sin embargo, tanto la LC como la LSA reconocen el derecho de oposición de los acreedores cuando sus créditos no estén adecuadamente garantizados, sin tomar en consideración la situación financiera de las sociedades que se fusionan. Esta opción ha sido criticada por la doctrina. Así, Escribano defiende que la aplicación de estos mecanismos tuitivos deberían condicionarse según cual fuera la situación financiera de la sociedad, posibilitando que un juez, en atención a ella pudiera rechazar la oposición del acreedor⁶⁶. Un sistema afín se contemplaba en la LCCV de 1985 al establecer que “los acreedores podrán exigir judicialmente garantías de que la cooperativa resultante de la fusión pagará sus créditos. La solidez económica y financiera que se desprenda del informe de los expertos contables verificadores de cuentas independientes podrá ser considerada por el Juez como garantía suficiente” (art. 64. 2. c); pero este sistema no se incorporó a la actual LCCV de 2003 porque la intervención judicial dilatada en exceso el procedimiento.

65. Otra posibilidad sería reconocer a los acreedores el derecho a exigir garantías con posterioridad a la fusión, como en la Ley alemana de Sociedades por acciones (art. 347. 1); opción que defendió ROJO para la LSA (“La fusión de sociedades anónimas”, en el vol. *La reforma de la Ley de S.A.* pp. 376- 381). En general sobre el fundamento y naturaleza jurídica del derecho de oposición, véase CORTÉS y PÉREZ TROYA en “El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de sociedades (Art. 243 LSA)” en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*. Vol. V. Madrid, 2002 pp. 4985-4988.

66. ESCRIBANO GAMIR, R. en *La protección de los acreedores sociales*. Ed. Aranzadi, 1998.

Si el acreedor se opone –como establece el art. 66 LC-, la fusión no podrá ejecutarse si sus créditos no son enteramente satisfechos o suficientemente garantizados.

La primera opción sorprende por cuanto admite el pago anticipado de la deuda, posibilidad que no reconoce la LSA. La segunda plantea el problema de determinar cuando se entiende que el crédito está suficientemente garantizado. ¿Es una decisión que compete al deudor, al acreedor, a la autoridad judicial?

Vicent Chuliá⁶⁷ califica la situación de insatisfactoria puesto que obliga a recurrir al Juez cuando el acreedor no se declare satisfecho con la garantía ofrecida, como única alternativa a la paralización de la fusión, y propone como solución la extensión a las cooperativas del art. 166. 3 LSA que considera como suficiente garantía, la prestación de fianza solidaria a favor de la sociedad por una entidad de crédito⁶⁸. Solución que podría mejorarse o complementarse con otras medidas que el autor sugiera como son, la prestación por la entidad de crédito de un “contrato de garantía” o “aval a primera demanda” con renuncia de la entidad avalista a oponer cualesquiera excepciones que la cooperativa resultante tenga contra el acreedor. La contratación de una póliza de seguro de caución a favor del deudor también debería considerarse en nuestra opinión, garantía suficiente.

También debería valorarse como suficiente garantía la solidez financiera de la cooperativa resultante de la fusión que se derive del Informe que deben realizar los auditores o expertos contables en algunas legislaciones cooperativas (LCCV, LCAR, LSCA, LCCAT y LCIB). Si del Informe se desprende la solidez financiera de la cooperativa, no debería admitirse la oposición de los acreedores. Además, el mero hecho de tener conocimiento de esta información puede resultar suficiente garantía para los acreedores y evitará que se vean abocados –como sugiere Rivero Sánchez-Covisa a un ejercicio preventivo de su derecho de oposición ante el desconocimiento de las consecuencias económicas del proceso de fusión⁶⁹.

En cuanto a quien debe ofrecer el pago o garantizarlo, el art. 66 no lo especifica a diferencia del art. 100 LGC y de algunas leyes autonómicas⁷⁰, que encomiendan esta tarea a la sociedad deudora o la que vaya a resultar de la fusión. La falta de

67. VICENT CHULIA, F. en *Ley General ... op. cit.* pp. 466 y 467.

68. Esta posibilidad es descartada por RIVERO SANCHEZ-COVISA (en “De la fusión ... op. cit. pág. 426) para quien el legislador cooperativo ha previsto otro medio para superar extrajudicialmente dicha oposición sin necesidad de contar con el consentimiento del acreedor. Ese medio sería el pago “incluso antes del vencimiento”. Este medio excluiría según el autor la vía de aplicación analógica del art. 166 LSA.

69. RIVERO SANCHEZ-COVISA en “De la fusión ... op. cit. pág. 429. Destaca este autor la menor información que recibe el acreedor de una cooperativa frente al de una sociedad anónima, sobre el proyecto de fusión, ya que no tiene derecho a obtener el texto íntegro del acuerdo de fusión y del balance de fusión como en la LSA (art. 242) o LSRL (art. 94), ni tampoco existe previsión de un depósito previo del proyecto de fusión en el Registro que permita su conocimiento.

70. Como la LCPV (art. 81. 1); LSCEX (art. 87. 1); LCG (art. 81) y LCCAT (art. 80. 1).

concreción actual no debería llevar al absurdo de que el acreedor se oponga porque no acepta una garantía como suficiente por no ofrecérsela la cooperativa deudora sino su sucesora universal. Se trataría de un ejercicio abusivo del derecho, además de que dada la previsible extinción de la sociedad deudora, quien asumirá la obligación de pago al acreedor será la sociedad resultante de la fusión.

Queda por comentar en el análisis del derecho de oposición que regula el art. 66 LC, quien puede ejercitar ese derecho, cuando y cómo.

El art. 66 LC reconoce el derecho de oposición a favor de *“los acreedores ordinarios de cualquiera de las sociedades cuyos créditos hayan nacido antes del último anuncio de fusión, y que no estén adecuadamente garantizados”*. De este precepto se desprenden los siguientes requisitos:

Han de ser acreedores ordinarios

La Directiva, en su art. 13 exigía protección adecuada a los acreedores siempre que sus créditos no dispongan ya de tales garantías. Este parece ser el sentido que debe darse a la expresión “acreedores ordinarios”, acreedores cuyos créditos no están adecuadamente garantizados, lo que genera de nuevo el problema de determinar cuando se considera adecuadamente garantizado un crédito, y al que nos hemos referido anteriormente. En cualquier caso, la doctrina entiende que en principio no se excluye que los acreedores con garantías o privilegios pueden ejercer ese derecho de oposición si consideran que sus créditos no están adecuadamente garantizados⁷¹. Ahora bien, en este caso, compartimos la opinión de De la Cámara que entiende que habrá que presumir que el acreedor que exigió y obtuvo garantía en pago de su crédito fue porque las consideró suficientes y por tanto, si ahora considera que no es suficiente la garantía, lo tendrá que probar⁷².

La LC no menciona si los obligacionistas podrán también oponerse a la fusión. El art. 14 de la Directiva establece que los obligacionistas de las sociedades que se fusionan tendrán los mismos derechos que los acreedores, salvo si la fusión hubiera sido aprobada por la Junta General de Obligacionistas o por los obligacionistas individualmente.

La ausencia de mención no parece un olvido cuando tanto la LC como la LGC se han inspirado en esta directiva, ni tampoco debería interpretarse como una discriminación en perjuicio de estos acreedores. La razón de este silencio debe estar más bien en el hecho de que las cooperativas no suelen recurrir a la emisión de obligaciones, a pesar de estar expresamente reconocida esta posibilidad en la Ley (art. 54. 1 LC). No obstante, entendemos que en el supuesto de que existiesen obligacionistas en un proceso de fusión de cooperativas debería considerárseles “acree-

71. Por todos, véase VICENT CHULIA, F. en *Ley General* op. cit. pág. 466.

72. Citado por RIVERO SANCHEZ-COVISA en “De la fusión ... op. cit.” pág. 426.

dores” en sentido amplio y reconocerles los mismos derechos que a éstos en las condiciones fijadas en la Directiva⁷³.

Acreeedores de cualquiera de las sociedades

La Directiva sobre fusiones de sociedades anónimas permitía en su art. 13. 3 que la protección ofrecida a los acreedores podría ser diferente para los acreedores de la sociedad absorbente y los de la absorbida.

Esta posibilidad fue adoptada por la LGC, que en su art. 100 limitaba el derecho de oposición a los acreedores de las sociedades que se extinguían⁷⁴, adoptando la solución del art. 224 del Anteproyecto de LSA de 1979, que posteriormente no recogió la vigente LSA.

La actual LC pone fin a esa discriminación no suficientemente justificada y no sólo no distingue entre acreedores, sino que declara el derecho de oposición a los acreedores subrayando “de cualquiera de las sociedades”. Contrariamente a esta postura, algunas legislaciones autonómicas limitan el derecho de oposición a los acreedores de las sociedades que se extinguen, este es el caso de la LSCEX (art. 87. 1); LCG (art. 81); LCC-LM (art. 86) y LCLR (art. 88. 2).

Sus créditos deben haber nacido antes del último anuncio de fusión

Frente al criterio seguido por la Directiva, que limita el derecho de oposición a las deudas nacidas con anterioridad a la publicación del proyecto de fusión y aún no vencidas en el momento de esta publicación, la LC sólo exige que se cumpla el primer requisito (créditos que hayan nacido antes del último anuncio de fusión), permitiendo la oposición por deudas vencidas o no, lo que se confirma cuando el art. 66 establece que “los acreedores no podrán oponerse al pago aunque se trate de créditos no vencidos”.

En la legislación autonómica es frecuente el reconocimiento del derecho de oposición a los “acreedores” sin condicionar la naturaleza o fecha de sus créditos. Este es el caso de la LCPV (art. 81); LCAR (art. 64. 3); LCCM (art. 75. 1); LSCA (art. 106. 4) y LCIB (art. 93. 4).

En cuanto al momento en que puede ejercitarse el derecho de oposición, la LC lo concreta en el plazo de dos meses desde la publicación del anuncio del acuerdo de fusión. El plazo se ha reducido en el tiempo. El RD 2710/1978 por el que se aprobó

73. De interpretarse así habría que determinar en qué casos podrían oponerse los obligacionistas al proceso de fusión. En ese caso deberíamos distinguir: si la emisión se encuentra garantizada no podrán oponerse; si no lo está pero la Asamblea de Obligacionistas presta su consentimiento al acuerdo de fusión, tampoco podrán oponerse; si la Asamblea no consiente la operación, aquellos obligacionistas que no consientan individualmente la fusión, podrán oponerse.

74. Postura criticada en su momento por la Comisión Notarial del Colegio de Bilbao, que reclamaba la extensión del derecho de oposición a todos los acreedores, (en “De la fusión ... op. cit.” pág. 968).

el Reglamento de la Ley de Cooperativas de 1974 establecía un plazo de tres meses (art. 76. Tres) al igual que la LSA de 1951 vigente en ese momento (art. 145). Con la LGC de 1987 se reduce a dos meses (art. 100) y de momento no ha seguido en este proceso de reducción a la vigente LSA que ha fijado el plazo en 1 mes (art. 243. 1). La legislación autonómica si ha optado mayoritariamente por reducir el plazo para la oposición, a un mes. En este sentido se manifiestan: la LCPV (art. 81); LCG (art. 81); LCCM (art. 75); LSCA (art. 106. 4); LCIB (art. 93. 4); LCCAT (art. 80. 1) y LCCV (art. 75).

Por último, queda por determinar cómo se ejercita el derecho de oposición. El art. 66 LC señala simplemente que “podrán oponerse por escrito a la fusión”, la forma será escrita, no se requiere más formalidad, aunque será conveniente asegurar la recepción del escrito y su contenido, bien con acuse de recibo, certificación, burofax o acta notarial. Tampoco se nos dice a quién habrá que dirigir el escrito, pero es fácil suponer que como en el caso de separación del socio regulado en el art. 65, el escrito deberá ir dirigido al Presidente del Consejo Rector⁷⁵.

IV.4. ETAPA EJECUTORIA. ESCRITURA PÚBLICA E INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Terminado el periodo de pendencia, las cooperativas participantes en el proceso de fusión deben formalizar el acuerdo para que éste despliegue sus singulares efectos que veremos en el apartado siguiente, y termine el proceso de fusión.

A la formalización del acuerdo de fusión dedica la LC el párrafo 4º del art. 64, a diferencia de la LGC que le dedicaba un artículo (art. 101). Según aquél: *“La formalización de los acuerdos de fusión se hará mediante escritura pública y ésta tendrá eficacia, en el Registro de Sociedades Cooperativas, para la cancelación de las sociedades que se extinguen y la inscripción de la nuevamente constituida o modificaciones de la absorbente”*.

La formalización requiere por tanto, la elevación a escritura pública del acuerdo de fusión y su inscripción en el Registro de Cooperativas.

El art. 64. 4º no nos dice cual ha de ser el contenido de la escritura pública de fusión, a diferencia de la LGC, pero deberá contener: el acuerdo de fusión, que como vimos comprendía las menciones necesarias del proyecto de fusión (art. 63. 4) y el proyecto de Estatutos de la nueva cooperativa⁷⁶ o el texto íntegro de las modifica-

75. En relación con el ejercicio del derecho de oposición en la LSA, sus presupuestos y efectos, véase: CORTES, L.J y PÉREZ TROYA, A. en “El derecho ... op. cit”. pp. 4981 y ss.

76. El art. 11 del RRSC en su apartado c) establece en el caso de inscripción de escritura pública de fusión, que *“Para inscribir la nueva sociedad resultante será preceptivo que la escritura responda a los requisitos de los artículos 10 y 11 de la Ley de Cooperativas”*, artículos que hacen referencia al contenido de la Escritura de Constitución y Estatutos de la cooperativa.

ciones que hayan de introducirse en los Estatutos de la cooperativa absorbente (art. 63. 7. e). A las anteriores menciones, el art. 66 in fine añade: “*En la escritura de fusión los otorgantes habrán de manifestar expresamente que no se ha producido oposición alguna de acreedores con derecho a ella o de haber existido, manifestar que han sido pagados o garantizados sus créditos, con identificación en este caso de los acreedores, los créditos y las garantías prestadas*”. También debería hacer mención la escritura –como refleja la LFCN (art. 56)- a los socios y asociados que han hecho uso de su derecho a causar baja justificada por disconformidad con la fusión, y cuya cuota deberá ser liquidada y reembolsada por la cooperativa resultante de la fusión. Por último, como la fusión tiene como efecto la extinción de las cooperativas o de las cooperativas absorbidas, según el caso, habrá que incorporar a la escritura el balance de fusión de las cooperativas que se extinguen (art. 76. c LC)

El otorgamiento de la escritura de fusión deberá hacerse por los representantes legales de las cooperativas que se fusionen que serán los Presidentes de los Consejos Rectores o Administradores únicos, en su caso (art. 32. 1 LC).

Como la aprobación del acuerdo de fusión por las asambleas generales de las cooperativas les obliga a continuar el procedimiento de fusión (art. 64. 3 LC), y este exige su formalización, los contratantes podrán compelerse recíprocamente para el otorgamiento de la escritura pública de fusión (art. 1279 C. c.).

Una vez otorgada la escritura deberá procederse a su inscripción en el Registro de Cooperativas que corresponda⁷⁷. El art. 9. 1. f) RRSC establece que es preceptiva la inscripción registral de los acuerdos de fusión de sociedades cooperativas. El plazo para la presentación de la solicitud de inscripción será de un mes desde el otorgamiento de la escritura pública y si se excede el plazo habrá que estar a lo preceptuado por el art. 16. 1 del RRSC⁷⁸.

La iniciativa de inscripción corresponde a quienes ostentan la representación legal de las cooperativas (art. 10. 1 RRSC), esto es, a los Presidentes de los Consejos Rectores o Administradores únicos, según el caso (art. 32. 1 LC). y formularán su solicitud acompañada de una copia autorizada y una copia simple de la correspondiente escritura pública (art. 11 RRSC).

77. Si en el proceso de fusión intervienen cooperativas regidas por distintas leyes, la inscripción de la fusión deberá tener reflejo en los correspondientes Registros, el que inscriba a la nueva sociedad o practique la modificación estatutaria que corresponda, y los que tendrán que cancelar la inscripción de las cooperativas extinguidas. Con el fin de coordinar la relación entre los distintos registros, el RRSC en su art. 41 regula la colaboración con los Registros de Cooperativas de las Comunidades Autónomas.

78. Según este precepto, si transcurriesen más de seis meses, deberá acompañarse ratificación en instrumento público de dicha escritura de constitución, que será otorgado con antelación inferior a un mes al de su presentación al Registro. En todo caso, transcurridos doce meses desde el otorgamiento de la escritura inicial sin haber cumplimentado las antedichas obligaciones, el Registro podrá denegar definitivamente la inscripción solicitada, con los efectos que de ello se deriven.

En caso de fusión por constitución de una nueva cooperativa, se procederá a la apertura de una nueva hoja registral (art. 39. 5 RRSC) y con ello la nueva cooperativa adquirirá personalidad jurídica (art. 7. 1 RRSC).

En caso de fusión por absorción, se procederá a inscribir las oportunas modificaciones en la hoja abierta a la cooperativa absorbente.

En ambos casos, las demás cooperativas se extinguen, como dice el art. 64 in fine LC, la misma escritura tendrá eficacia en el Registro de Cooperativas para proceder a la cancelación de sus respectivas inscripciones.

La inscripción en el Registro de Cooperativas de la escritura de fusión es constitutiva y desde ese momento despliega todos sus efectos sobre la existencia o extinción de las distintas cooperativas, sobre el patrimonio social, la situación de los socios de las distintas cooperativas participantes y frente a los terceros.

La legislación cooperativa autonómica se separa en esta materia de la LC, a excepción de la LCCyL (art. 82. 4), y toma como modelo la LGC (art. 101), aunque mejorándola notablemente⁷⁹.

V. EFECTOS DE LA FUSIÓN

A la conclusión del proceso de fusión sea por constitución de una nueva sociedad o por absorción, se producen *ministerio legis* tres efectos⁸⁰: 1º se extinguen todas o algunas de las cooperativas participantes; 2º se transmiten en bloque los patrimonios de las cooperativas extinguidas a la nueva o a la absorbente; y 3º los socios de las cooperativas extinguidas pasan a la nueva o absorbente.

Estos efectos son excepcionales porque no sería posible la consecución simultánea de todos ellos fuera del proceso de fusión. Por ello mismo podemos decir que estos efectos son a su vez presupuestos de la fusión que nos permiten distinguirla de otras instituciones con objetivos similares.

79. Siguen esta tendencia la LCPV (art. 82); LFCN (art. 56); LSCEX (art. 88); LCG (art. 82); LCCM (art. 76); LCCLR (art. 86) y LCC-LM (art. 87). Más atención al tema dedica todavía la LCCAT (art. 81) al incorporar en el mismo precepto que, en la escritura de fusión los otorgantes han de manifestar expresamente que no se ha producido ninguna oposición de acreedores que tengan derecho a la misma y, si ha existido, han de manifestar que los respectivos créditos han sido pagados o garantizados, identificando en tal caso a los acreedores, los créditos y las garantías prestadas.

80. El art. 19 de la Tercera Directiva en su apartado primero establece: “La fusión produce ipso iure y simultáneamente los siguientes efectos: a) la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente como con respecto a terceros de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente; b) los accionistas de la sociedad absorbida se convertirán en accionistas de la sociedad absorbente; c) la sociedad absorbida dejará de existir”.

Comenzamos este capítulo señalando que la fusión es un mecanismo de concentración empresarial basado en la unificación de varios patrimonios. La concentración empresarial puede realizarse por otros mecanismos que no comportan esa unificación patrimonial y se sustentan normalmente en acuerdos de actuación conjunta o coordinada (v. gr. cooperativas de segundo grado, grupos cooperativos, uniones y agrupaciones de empresas, etc.). Pero la concentración empresarial por unificación de patrimonios tampoco es exclusiva de la fusión, se puede conseguir a través de otros procedimientos: adquisición de empresas, compra del total de las acciones o participaciones de una sociedad, cesión de activos y pasivos, etc.

Lo que de particular va a caracterizar a la fusión frente a estas otras instituciones es que además de la unificación patrimonial se va a dar la unificación de socios y la extinción de las cooperativas originarias, con lo que el coste de la unificación patrimonial va a ser mucho más reducido para la sociedad resultante, ya que “pagará” el valor del patrimonio recibido con posiciones de socio (acciones o participaciones) propias, a los socios de las cooperativas que transmiten sus patrimonios y que se extinguen.

Los efectos-presupuestos de la fusión se van a dar también en la fusión de cooperativas. Así, el art. 63. 3 LC establece que *“Las sociedades cooperativas que se fusionen ... quedarán disueltas, aunque no entrarán en liquidación, y sus patrimonios y socios pasarán a la sociedad nueva o absorbente, que asumirá los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas”*. Pero estos efectos presentan en la fusión de cooperativas características propias que la distinguen de la fusión de sociedades mercantiles, como veremos a continuación.

V.1. EXTINCIÓN DE TODAS O ALGUNAS DE LAS COOPERATIVAS

El artículo anteriormente reseñado señala que las cooperativas que se fusionen quedarán disueltas aunque no entrarán en liquidación; y el art. 70. 1 f) LC al enumerar las causas de disolución de las cooperativas, cita entre ellas la fusión. En el mismo sentido, la LSA de 1951 establecía en su art. 142 que la fusión requería la disolución.

A pesar del tenor literal de la norma, la doctrina mercantilista venía discutiendo tiempo atrás si la fusión requiere acuerdo previo de disolución o es un supuesto de extinción de sociedades sin disolución ni liquidación. Esta última tesis, que ve la disolución y liquidación como fenómenos indisolubles, es la que ha tenido acogida en la vigente legislación mercantil. Así, el art. 233. 1 de la LSA señala: *“La fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima nueva implicará la extinción de cada una de ellas...”* y el art. 104 LSRL ha eliminado a la fusión de las causas de disolución de la sociedad. La misma crítica cabe hacer a la legislación cooperativa cuando confunde disolución con extinción⁸¹.

81. Así lo reconocen URÍA, MENENDEZ e IGLESIAS PRADA (en *Curso ...* op. cit. pág.1252) en relación con el art. 70 de la LC al que califican de inexacto.

Entre la legislación cooperativa autonómica, todas las leyes recogen como primer efecto de la fusión la disolución de todas o algunas de las cooperativas, a excepción de la LCCM cuyo art. 70.2 señala: las cooperativas que se fusionen en una nueva o que sean absorbidas “se extinguirán”; aunque su art. 93. 1 h) sigue recogiendo la fusión como causa de disolución de la cooperativa.

Por último debe tenerse en cuenta que la extinción de la cooperativa entraña la desaparición de su personalidad jurídica y la imposibilidad de su sometimiento a responsabilidad, la cual a partir de ese momento queda vinculada a la cooperativa resultante de la fusión⁸².

V.2. TRANSMISIÓN DE LOS PATRIMONIOS DE LAS COOPERATIVAS EXTINGUIDAS POR SUCESIÓN A TÍTULO UNIVERSAL Y DESTINO DE LOS FONDOS SOCIALES

Continuando con el tenor del art. 63. 3 LC, los patrimonios de las sociedades extinguidas pasarán a la nueva sociedad o a la absorbente, que asumirá los derechos y obligaciones de aquellas. Los fondos sociales, obligatorios o voluntarios de las sociedades disueltas pasarán a integrar los de igual clase de la cooperativa nueva o absorbente. De este precepto interesa destacar dos normas.

Transmisión de patrimonios

Según la primera, con la fusión se produce la transmisión de patrimonios como sucesión a título universal⁸³. Como afirman Uría, Menéndez e Iglesias Prada⁸⁴, esta transmisión universal *ipso iure* permite que los distintos elementos patrimoniales (bienes, derechos, obligaciones, relaciones jurídico societarias, etc.) se transmiten en un solo acto. Si no fuese así habría que seguir el lento procedimiento de descomponer el patrimonio y realizar la transmisión individualizadamente de los distintos elementos que lo integran (compraventa, endoso, cesión de créditos y deudas, etc.).

Aunque el legislador habla de transmisión de patrimonios, de derechos y obligaciones, lo que en realidad se está transmitiendo es una empresa (o establecimiento mercantil en sentido amplio) y ello habrá de ser tenido en cuenta al determinar y valorar los elementos que la integran (relaciones laborales, fondo de comercio, etc.).

De esa sucesión a título universal quedarían fuera en opinión de Sequeira y Moto⁸⁵ aquellas situaciones de cuya asunción por la sociedad absorbente pudieran produ-

82. SEQUEIRA, A. en *Transformación, Fusión y Escisión. Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo VII. EDESA pág. 95.

83. El vaciamiento patrimonial de las sociedades que desaparecen es –en opinión de SEQUEIRA siguiendo a FIORENTINO- la causa de su extinción y no al contrario (en *Transformación* op. cit. pág. 96).

84. URÍA, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA en *Curso* ...pág. 1253.

85. SEQUEIRA en *Transformación* .. pág. 97).

cirse consecuencias contrarias a la propia finalidad de la fusión y que deberían ser abordadas bajo la cláusula *rebus sic stantibus*.

También podrían quedar fuera –si se opusiesen los terceros contratantes– los contratos celebrados *intuitu personae* y los contratos de tracto sucesivo. En estos casos y para evitar la resolución del contrato, propone Vicent Chuliá⁸⁶ que debería reconocerse a los Tribunales o árbitros la facultad de adaptar el contenido de dichos contratos a las nuevas circunstancias.

En otros casos, es el propio legislador quien ha previsto expresamente la continuidad de la relación contractual preexistente: en el caso de los contratos de trabajo (art. 44 ET) y de los contratos de arrendamientos (art. 32. 3 LAU).

Destino de los fondos sociales

La segunda norma que nos interesa destacar y que sí es específica de las cooperativas es la referente al destino de los fondos sociales.

El art. 63. 3 señala que los fondos sociales, obligatorios o voluntarios, de las sociedades disueltas, pasarán a integrarse en los de la misma clase de la sociedad cooperativa nueva o absorbente. La norma ya se encontraba en el art. 94. 2 de la LGC, pero existen entre ambas una importante diferencia, pues en la LGC las reservas obligatorias y voluntarias eran siempre irrepartibles⁸⁷, mientras que la LC –siguiendo los pasos de la LCPV– admite las reservas voluntarias repartibles⁸⁸.

A pesar de la diferencia señalada, no sorprende en principio, que el legislador quiera que todos los fondos y reservas sociales repartibles o no, se traspasen a la nueva cooperativa o absorbente, sino fuera por la contradicción que plantea esta norma con el art. 63. 4 b) LC. Según éste, en el proyecto de fusión se indicará el sistema para fijar la cuantía que se reconoce a cada socio de las cooperativas que se extingan como aportación al capital de la cooperativa nueva o absorbente “*computando, cuando existan, las reservas voluntarias de carácter repartible*”.

Existe contradicción entre el art. 63. 3 y 63. 4 b) LC porque según el primero, la reserva voluntaria (repartible o no) de la cooperativa extinguida, pasa a la reserva voluntaria de la cooperativa nueva o absorbente, mientras que, según el segundo, la reserva voluntaria repartible se distribuye entre los socios computándose como aportación a capital de los mismos en la cooperativa resultante de la fusión.

A pesar de los meritorios esfuerzos de Rivero⁸⁹ para explicar y tratar de salvar la contradicción señalada, su razón es mucho más simple.

86. VICENT CHULIÁ en *Ley General...* op. cit. pág. 441.

87. Según el art. 84. b) LGC: Los excedentes disponibles podrán destinarse a la constitución de un fondo de reserva voluntario, creado por los estatutos o por la asamblea general, que en todo caso tendrá el carácter de irrepartible.

88. Establece el art. 58.3 LC que los excedentes y beneficios disponibles se podrán aplicar entre otros destinos: “a dotación a fondos de reserva voluntaria con carácter irrepartible o repartible”.

89. RIVERO SANCHEZ-COVISA en “De la fusión ... op. cit.” pág. 375.

El proyecto de Ley de Cooperativas –como señalamos en un momento anterior– no contemplaba el art. 63. 4 b), éste precepto se incorporó a lo largo del debate parlamentario como enmienda al art. 63, lo que se tradujo en los actuales apartados 4 a 7 del art. 63 LC, que son una transposición literal de los arts. 77 y 78 de la LCPV.

Al incorporar este conjunto normativo no se previó la modificación del art. 63. 3 LC con el fin de suprimir la referencia a los fondos voluntarios repartibles, como hace la LCPV⁹⁰.

En cualquier caso, con independencia del origen de la contradicción, se hace necesario encontrar una interpretación adecuada de esas normas.

En principio parece incuestionable que los fondos sociales irrepartibles se trasladarán a los correspondientes fondos o reservas de la cooperativa nueva o absorbente, y no se les dará el destino propio de la liquidación de la cooperativa, ni tampoco será posible su distribución entre los socios⁹¹.

Las dudas se plantean en primer lugar en relación con las reservas voluntarias repartibles y con la aportación al capital social.

Vicent Chuliá, analizando esta cuestión en la LGC donde –recordamos– no habían reservas repartibles, afirmaba que la transmigración del socio a la cooperativa resultante de la fusión se produce por el valor contable de las aportaciones a capital en la sociedad de origen. No se produce un canje de acciones o participaciones a diferencia de la fusión entre sociedades⁹².

Sin embargo, ni la LGC ni la actual LC dicen exactamente eso, sino que, el proyecto debe hacer mención al “sistema para fijar la cuantía” que se reconoce a cada socio, y es que en cualquier cooperativa, el capital social obligatorio ha de ser igual para todos los socios (o clases de socios) o proporcional al compromiso o uso potencial que cada uno de ellos asume de la actividad cooperativizada (art. 46. 1 LC) y no hay porqué suponer que la aportación obligatoria a capital de los socios en las distintas cooperativas que se fusionan fuera el mismo.

Por lo tanto, lo primero que habrá que determinar es, cual será la aportación a capital obligatoria para ser socio de la cooperativa nueva o absorbente (art. 11. 1 g) LC). En función del importe que se establezca las posibilidades de respuesta para las cooperativas y sus socios son diversas: reducción del importe de las aportaciones obligatorias en beneficio de las aportaciones voluntarias a capital, o a la inversa, incremento de las aportaciones obligatorias con cargo a las voluntarias, o

90. Según el art. 76. 3 LCPV: La totalidad de los fondos sociales “obligatorios” de las cooperativas que se extingan como consecuencia de la fusión pasarán a integrarse en los de la cooperativa nueva o absorbente.

91. En este sentido véase la STS de 30 de septiembre de 1993 (TOL 189753).

92. VICENT CHULIÁ, F en *Ley General ... op. cit.* pág. 440. En los mismos términos, MORILLAS (en *Curso ... op. cit.* pp. 500-501) quien añade que, el socio conserva el mismo derecho al reembolso de las aportaciones que fueron desembolsadas en la cooperativa anterior. Y en el mismo sentido, los miembros de la Comisión Notarial del Colegio de Bilbao afirman que el capital de la cooperativa resultante será la suma de los capitales de todas las cooperativas intervinientes (en “De la fusión ... op. cit.” pág. 963).

exigencia a los socios de nuevas aportaciones obligatorias a capital, posibilidad que siempre existe si el acuerdo se toma por la asamblea general con las garantías que exige la Ley (arts. 46. 2 y 28. 2 LC). Todas estas posibilidades habrá que tener en cuenta cuando se negocie y redacte el proyecto de fusión.

Además de fijar la cifra de capital obligatorio de la cooperativa nueva o absorbente y determinar el sistema para fijar la cuantía que corresponderá a los socios en la cooperativa resultante de la fusión, habrá que tener en cuenta, en las cooperativas que tengan reservas voluntarias repartibles, el destino de éstas.

Desde que se admite en la LCPV y posteriormente en la LC las reservas voluntarias repartibles, surge el problema de determinar el momento y criterio de su reparto. Ambas leyes sólo lo fijan en el momento de la liquidación de la cooperativa (art. 75. 2 LC y 94. 2 LCPV), no previendo ni tampoco prohibiendo su reparto al causar baja el socio o en cualquier otro momento; por lo que parece que serán los estatutos sociales o la asamblea general de la cooperativa, la que determinará estas cuestiones normalmente, en el momento de decidir la creación o aplicación de la reserva.

Sin embargo, parece que en caso de fusión, el legislador quiere que esas reservas se computen como capital social de la cooperativa nueva o absorbente, esto es, que se distribuyan entre los socios pero no se reembolsen, sino que sirvan para incrementar la aportación a capital de cada uno.

La cuestión que suscita la norma es la razón de ser de esta decisión. En principio parece una razón de equidad⁹³. Si la cuota por socio en las reservas voluntarias repartibles no es la misma en las distintas cooperativas que se fusionan y todas las reservas se integran en una cuenta común de la que todos podrán disfrutar en el momento de su reparto, pero de forma indiferenciada, parece que la situación discrimina negativamente a las cooperativas cuyos socios tenían una mayor participación en la reserva voluntaria repartible.

Para salvar este desequilibrio en la organización financiera de la cooperativa resultante de la fusión, la solución que aportan las referidas leyes vale, pero no es la única posible. También podrían incorporarse como reservas voluntarias a la cooperativa nueva o absorbente pero individualizada en atención a su origen y a sus destinatarios, de forma que, su reparto sólo tuviera lugar entre los socios procedentes de la cooperativa extinguida que era su anterior titular.

En mi opinión, el legislador debería haber sido más flexible a la hora de regular este tema, permitiendo a las cooperativas otras opciones: destino íntegro a la reserva voluntaria de la cooperativa nueva o absorbente; creación de una reserva voluntaria repartible pero específica, con destinatarios concretos; aportación a capital social; u otras, que tuvieran por conveniente proponer los administradores y aceptasen sus respectivas asambleas.

93. PAZ CANALEJO (en *La Sociedad*... op. cit. pág. 201) la propone en cambio como medida para motivar económicamente a los socios a aprobar la fusión.

El posible desequilibrio económico que se puede plantear –y que acabamos de ver– cuando cooperativas con capacidad económica desigual aportan sus reservas indistintamente a un fondo o reserva común, aunque ésta sea también repartible, también puede darse con los demás fondos y reservas de carácter irrepartible.

En principio, al ser irrepartibles, no generan una expectativa de distribución para el socio como sí ocurre con el capital o las reservas voluntarias repartibles. Sin embargo, la reserva obligatoria de una cooperativa es el resultado de la capacidad de ahorro y previsión de sus socios, generada a lo largo de los años, y que si bien no es repartible entre los socios, sí puede contribuir a aminorar las pérdidas imputables a los mismos o a incrementar los excedentes repartibles, dado que, la reserva obligatoria sirve para enjugar pérdidas y para evitar a los socios nuevas aportaciones financieras cuando la actividad económica o la responsabilidad de la cooperativa lo reclame.

Siendo la función de la reserva obligatoria la misma en todas las cooperativas, puede ocurrir que unas tengan elevadas reservas gracias a su política de ahorro y de contención de la distribución de excedentes, mientras que en otras, la reserva obligatoria puede ser mínima o inexistente.

El aportar todas las reservas obligatorias de las diferentes cooperativas a un fondo común para provecho indiferenciado de todos los socios en el futuro, también genera situaciones discriminatorias que los socios perjudicados no aceptan.

Las anteriores cuestiones tendrán que tenerse en cuenta a la hora de fijar en conjunto la aportación económica de cada cooperativa a la nueva entidad o a la absorbente, y habrá que establecer las relaciones de compensación necesarias que garanticen una participación equitativa de todas las cooperativas⁹⁴.

Con miras en este objetivo, Juliá, Server y Meliá, llegan a la conclusión de que todas las cooperativas deben aportar a la fusión, igual cuantía de reserva irrepartible por participación (RIpp); y para ello, como no pueden reembolsarse las reservas irrepartibles, se escogerá siempre como mínimo el mayor de las RIpp obtenidos por las cooperativas, debiendo aportar las demás la cuota de fusión que les corresponda, la cual se integrará en el Fondo de Reserva Obligatorio⁹⁵.

94. No debemos olvidar el papel que los valores y principios cooperativos deben jugar en la interpretación de las normas, y en este tema tenemos que recordar el valor de la equidad y el Tercer Principio Cooperativo. *“La equidad –según el Informe sobre la Declaración de la ACI sobre la Identidad Cooperativa. Manchester 1995- se refiere, primero, a cómo se trata a los socios en una cooperativa. Deberían ser tratados equitativamente en cuanto a la forma de recompensar su participación en la cooperativa, normalmente mediante retornos, asignaciones a reservas a capital en su nombre, o reducciones en precios. Desde la perspectiva teórica, la equidad es tan importante para las cooperativas porque es la forma en la que intentan distribuir ganancias o riqueza en base a la contribución y no a la especulación”*. Del Tercer Principio Cooperativo, sobre participación económica de los socios, nos interesa destacar que los socios *“contribuyen equitativamente al capital de sus cooperativas”* y los beneficios que los socios reciben deben ser *“en proporción a sus operaciones con la cooperativa”*.

95. JULIÁ, SERVER Y MELIÁ, *Los procesos ...* op. cit. pág. 106.

V.3. INCORPORACIÓN DE LOS SOCIOS DE LAS COOPERATIVAS EXTINGUIDAS A LA COOPERATIVA NUEVA O ABSORBENTE

El tercer efecto que genera la fusión es la incorporación de los socios de las cooperativas extinguidas a la cooperativa nueva o absorbente. Así se recoge en el art. 63. 3 LC cuando dice que las cooperativas que se extingan como consecuencia de la fusión pasarán sus socios a la sociedad nueva o absorbente⁹⁶.

En las sociedades mercantiles esta transmigración o integración de socios en una sola sociedad se logra mediante la entrega o atribución a los miembros de las sociedades extinguidas, de acciones, participaciones o cuotas sociales de la sociedad nueva o absorbente. El art. 247 LSA quiere que el número de acciones recibido por cada acción sea proporcional a su participación en la sociedad extinguida y *“cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje de las acciones, podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal de las acciones atribuidas”*.

Un tema clave en todo proceso de fusión será por tanto la determinación del tipo de canje o relación de cambio de las acciones, participaciones y cuotas sociales.

La Tercera Directiva exige que en el proyecto de fusión se mencione al menos *“la relación de canje de las acciones y, en su caso, el importe de la compensación”* (art. 5. 2 b). Este proyecto deberá ir acompañado por el Informe de los órganos de administración o dirección de cada sociedad explicando y justificando la relación de canje de las acciones (art. 9) y por el Informe de los peritos independientes que deberá indicar si en su opinión, la relación de canje es o no pertinente y razonable y en particular, deberá indicar: los métodos seguidos para la determinación de la relación del canje propuesto; si los métodos son los adecuados en este caso y mencionar los valores a los que conduce cada método, y por último indicará las dificultades particulares de evaluación si las hubiera (art. 10).

Toda esta información –como vimos- debe estar a disposición de la junta general que debe decidir sobre la fusión de las sociedades.

En las cooperativas, la condición de socio se adquiere por tener una participación en el capital social de las mismas. Pero la condición de socio cooperador o usuario, que es el socio principal –y en algunas legislaciones el único posible-, se adquiere además y fundamentalmente por participar el socio en la actividad económica de la cooperativa. La razón de ser de la cooperativa es precisamente satisfacer las necesidades y promover los intereses económicos y sociales de sus socios a través de una actividad económica desarrollada conjuntamente, como *“empresa común”*.

La transmigración de la posición de socio de la cooperativa extinguida a la cooperativa nueva o absorbente exigirá que en la relación de cambio se tenga en cuenta todas las relaciones económicas y sociales que el socio mantenía con la coopera-

96. BOTANA AGRA, M. excluye de este traspaso a los socios a prueba que tenga la cooperativa (en *“As modificaciones Estructurais da Sociedade”* en *Estudios sobre a Lei de Cooperativas de Galicia*. Ed. Xunta de Galicia. Santiago de Compostela. 1999, pág 174.

tiva extinguida: aportación a capital (obligatoria y voluntaria), participación en reservas voluntarias repartibles; participación en fondos de retornos, cobro de intereses por sus aportaciones a capital; participación en la actividad cooperativizada, participación en las actividades de formación y educación cooperativa, etc.

El principal interés del socio en este proceso de fusión estará más por las condiciones en que se desarrollará su participación en la actividad cooperativizada que por la cuota patrimonial (capital y reserva repartible) que le corresponda en la cooperativa nueva o absorbente, salvo que ésta sea considerable.

Dada la pluralidad de intereses que el socio compromete en un proceso de fusión, la LC en su art. 63. 4 apartados b y c, quiere que el proyecto de fusión contemple el sistema para fijar la cuantía que se va a reconocer al socio en el capital de la cooperativa nueva o absorbente así como los derechos y obligaciones que se le van a reconocer -algunas legislaciones autonómicas dicen expresamente- "en la utilización de los servicios" de la cooperativa nueva o absorbente (art. 83. 1. 3ª LSCX y art. 82. 1. c LCC-LM).

En el apartado anterior ya analizamos el punto b) del art. 63. 4, y vimos como debe interpretarse la norma para salvar su contradicción con el art. 63. 3 y para hacer posible que el proceso de fusión resulte equitativo para las cooperativas participantes y sus socios.

Pero, a diferencia de la legislación mercantil, -inexplicablemente- la LC no prevé que esta relación de cambio o situación económica del socio en la cooperativa resultante de la fusión deba ser explicada, justificada o supervisada por algún consejero o experto.

El art. 63. 7 b) LC exige que se ponga a disposición de los socios en el domicilio social los informes redactados por los Consejos Rectores de cada una de las cooperativas sobre la "*conveniencia y efectos*" de la fusión proyectada, pero no se exige que se especifique como se ha calculado la participación económica del socio en la entidad resultante. Como dicen Juliá, Server y Meliá, en la elaboración del Informe o Memoria de los Consejos Rectores el legislador no especifica un contenido mínimo, ni los Consejos tienen porqué explicar ni justificar el proyecto, por lo que existe libertad en cuanto a su elaboración⁹⁷.

97. JULIÁ, SERVER y MELIÁ, en *Los procesos* op. cit. pp. 80- 81. Los autores en un Anexo a su trabajo reproducen cual podría ser la estructura y contenido de un Informe de fusión del Consejo Rector de una cooperativa agroalimentaria, y señalan como contenido mínimo: "*Consecuencias previsibles de la fusión y que afecten: ... A los socios, en su vertiente de proveedores o receptor de determinados servicios de la cooperativa, o con respecto a cualquier aspecto de índole financiera (participación que va a tener en el capital de la nueva cooperativa, aportaciones o reembolsos que va a tener que realizar para conseguir una aportación patrimonial a la fusión equitativa, posibles modificaciones en el sistema de liquidación, en la remuneración de sus aportaciones incorporadas o no a capital social, etc.), de índole técnica (si va a verse modificado su sistema productivo, o si se va a ver sometido a mayores exigencias en cuanto a calidad o de compromiso en cuanto a aportación de cosecha a la cooperativa, etc.). En definitiva, cualquier aspecto que por tener repercusión directa en el socio deba conocer antes de adoptar el acuerdo de fusión*" (pág. 129).

Por otra parte, como ya vimos, tampoco exige el legislador el informe de ningún experto independiente, perito o auditor, que valore el proyecto de fusión ni en particular sus consecuencias económicas.

En definitiva, la LC ha desatendido la regulación de este tema clave en el proceso de fusión de las cooperativas, no reconociendo al socio las mínimas garantías exigidas por la Directiva y que sí recoge la legislación mercantil.

En la legislación cooperativa autonómica la situación es bastante similar.

Todas las leyes reconocen expresamente el paso de los socios como un efecto de la fusión, a excepción de la LSCA, LCCAT, LCIB y LCCV donde simplemente se deduce.

En la mayoría de las legislaciones se exige que en el proyecto de fusión se recoja el sistema para fijar la cuantía de cada socio en el capital de la cooperativa nueva o absorbente, así como sus derechos y obligaciones en ésta, a excepción de la LFCN y LCAR que guardan silencio al respecto.

Todas también recogen entre los documentos que deben ponerse a disposición de los socios antes de la celebración de la asamblea general, el Informe del Consejo Rector sobre la conveniencia y efectos de la fusión (a excepción de la LFCN y LCAR, y la LCCM (art. 72. b) que no dice quien debe redactar ese informe).

Por último -y como ya vimos-, sólo la LCAR (art. 64. 2), LSCA (art. 106. 1 b), LCCAT (art. 77 b), LCIB (art. 93. 1 b) y LCCV (art. 75. 2 b) recogen la exigencia de la elaboración de un Informe previo por parte de Interventores independientes, o auditores sobre el proyecto de fusión, al menos en aquellas cooperativas obligadas a auditar sus cuentas.

VI. PARTICULARIDADES QUE PRESENTA LA FUSIÓN ESPECIAL O HETEROGÉNEA

Vimos al comienzo de este capítulo cómo la fusión ha sido tradicionalmente un proceso endogámico hasta que la crisis en los sectores financieros llevó al legislador a flexibilizar la posibilidad de modificaciones estructurales entre empresas de distinta naturaleza jurídica⁹⁸. Así se reconoce la fusión heterogénea de cooperativas de crédito y de cooperativas de seguros, y poco más tarde, la fusión de cooperativas de trabajo asociado con sociedades laborales y cooperativas agrarias con

98. Véase al respecto VAÑÓ VAÑÓ, M.J. en *Fusión heterogénea ...* op. cit. pp. 20 y ss.

sociedades agrarias de transformación. Fuera de los anteriores casos, los Tribunales no admitían fusiones heterogéneas⁹⁹.

La legislación cooperativa más reciente ha experimentado un aperturismo favoreciendo las modificaciones estructurales mixtas. Pero esta permisibilidad no impide que sean procesos complejos y problemáticos: si la entidad resultante de la fusión es una cooperativa, los socios de las demás se integrarán como socios cooperadores, participen en la actividad económica, dejando de tener relevancia su aportación a capital; por el contrario, si la entidad resultante no es cooperativa, los socios cooperadores dejan de serlo, pierden el derecho a participar en la actividad económica de la entidad y sus derechos estarán ahora en función de su capital; la diferente estructura del pasivo dificultará el cálculo del valor real de los patrimonios a fusionar¹⁰⁰; y por último habrá que cuestionar qué hacer con los fondos irrepartibles si la resultante de la fusión no es cooperativa. El legislador ha resuelto algunos de estos problemas directamente como el último señalado y ofrece mecanismos que permiten resolver o aminorar otros (figuras como la del socio colaborador, las cooperativas mixtas, las prestaciones accesorias de las sociedades mercantiles, el voto por participación en la LSRL, etc.).

La LC regula la fusión especial o heterogénea en su art. 67, y también se prevé en la legislación autonómica aunque no con la misma amplitud en todos los casos.

a.- Hay legislaciones que solo admiten la fusión homogénea entre cooperativas: LFCN, LCCM, LSCA y LCIB.

b.- Otras legislaciones admiten la fusión heterogénea limitada de cooperativas con sociedades laborales o sociedades agrarias de transformación: LCPV (art. 83); LCG (art. 78. 3); LCAR (art. 64) y LCCy L (art. 85). Esta última sólo admite la fusión entre cooperativas de trabajo y sociedades laborales si la resultante es una cooperativa.

c.- Por último, hay legislaciones que admiten ampliamente cualquier fusión con sociedades civiles o mercantiles (art. 67 de la LC; art. 98 de la LSCEX; art. 89 de la LCLR o art. 76 de la LCCV); con entidades no cooperativas (art. 82 LCCAT), o con otras sociedades (art. 88 LCC-LM).

La doctrina se plantea si tras el amplio reconocimiento hecho por la LC puede admitirse la fusión heterogénea de cooperativas autonómicas cuando su legislación no reconoce esa posibilidad.

99. El TS en sentencia de 25 de marzo de 1991. RA 3097 niega la fusión entre una sociedad anónima y una cooperativa porque la LCCAT de 1983 no reconocía esa posibilidad y porque aunque la actividad económica de ambas coinciden, la naturaleza y los objetivos sociales de ambas son diferentes. (Véase en CIRIEC. Revista de Legislación y Jurisprudencia nº 4 Junio 1993 pp. 26. 30). En el mismo sentido puede verse la STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 1989 (en CIRIEC. Revista de Legislación y Jurisprudencia nº 3 Mayo 1992 pp. 170 a 173).

100. Problemática que pone de manifiesto BEL DURÁN, P. en "Las fusiones especiales según la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas" en REVESCO. nº 69 de 1999 pág. 16.

Frente al criterio negativo de León Sanz¹⁰¹ para quien es inherente a las modificaciones estructurales la exigencia de tipicidad normativa, Rivero¹⁰² es favorable siempre que, ninguna norma lo prohíba y la legislación autonómica reconozca al menos, la transformación de cooperativa en otra forma jurídica o esta posibilidad resulte de la aplicación supletoria de la legislación estatal¹⁰³.

La Fusión especial o heterogénea se regula en el art. 67 LC, norma que se ha mantenido inalterada desde su incorporación al proyecto de ley de 27 de julio de 1998, a pesar de haberse presentado una enmienda al mismo que fue posteriormente retirada.

El precepto que comentamos contiene fundamentalmente dos normas:

Una primera, proclama la posibilidad de fusión de cooperativas con sociedades civiles o mercantiles de cualquier clase siempre que no exista norma legal que lo prohíba. La cooperativa puede participar en la fusión y puede ser también la entidad resultante de la fusión.

La segunda norma se centra en la regulación de la fusión heterogénea y comienza fijando la normativa aplicable en estos casos. Se aplicará la normativa reguladora de la sociedad absorbente o que se constituya como consecuencia de la fusión, pero si en el proceso participan cooperativas se aplicarán a éstas los arts. 64, 65 y 66 que regulan el acuerdo de fusión, el derecho de separación del socio y de oposición de los acreedores.

Por último, en el caso de que la entidad resultante de la fusión no fuera una cooperativa se tendrán en cuenta estas dos excepciones:

Frente al art. 65. 2 que exige que sea la cooperativa resultante de la fusión quien asuma la obligación de liquidar al socio que ha causado baja, si la resultante no es cooperativa, la liquidación deberá realizarla la cooperativa que va a extinguirse, dentro del plazo de un mes a partir de la fecha en que hizo el socio uso de este derecho. Esta norma puede constituir un serio obstáculo a la fusión por la paralización que puede ocasionar si la liquidación es recurrida por el socio¹⁰⁴.

b) Frente al efecto patrimonial que produce la fusión y que recoge el art. 63. 3, los fondos sociales irrepartibles no se integrarán en la entidad resultante de la fusión,

101. LEÓN SANZ, F. J. en "Modificaciones estructurales de Sociedades Cooperativas. Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas" en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. Justino Duque*. vol. II. 1998 pp. 478 - 481

102. RIVERO SANCHEZ-COVISA, en "De la fusión ... op. cit." pp. 440- 441.

103. Merece recordar aquí la STS de 17 de marzo de 1999 (RA 2454) que admite la transformación de una cooperativa andaluza en sociedad de responsabilidad limitada cuando la legislación andaluza no reconocía esta posibilidad. El Tribunal Supremo se fundamentó en la libertad de pactos (art. 1255 C.c.) y en el respeto a la legislación cooperativa que exige que antes de extinguir la cooperativa se de a los fondos irrepartibles el destino previsto para el caso de liquidación.

104. Véase en este sentido la crítica de MACÍAS RUANO, en "Consideraciones ... op. cit." pp. 63 a 65.

sino que se estará a los dispuesto en el art. 75 para el caso de liquidación. En este punto el Grupo Parlamentario Vasco planteó una enmienda, que posteriormente retiró, que pretendía la asignación de estos fondos a la entidad resultante de la fusión manteniéndose individualizados e irrepartibles¹⁰⁵.

105. La enmienda planteada establecía: "Los saldos del Fondo de Educación y Promoción, Fondo de Reserva Obligatorio y del Fondo de Reserva Voluntario, que estatutariamente tenga carácter de irrepartible, se llevarán a una cuenta que se denominará Reserva por transformación de Fondos Cooperativos, que mantendrá las características de irrepartibilidad y destino del Fondo de Reserva Obligatorio de las sociedades cooperativas, aunque se produzcan sucesivas transformaciones societarias" (DO del Congreso de 17 de noviembre de 1998).

MARCO JURÍDICO DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA

Ana Lambea Rueda

Profesor contratado Doctor Departamento de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Se presenta un tema de interesante actualidad con relación al estudio de las cooperativas: la incorporación de la Sociedad Cooperativa Europea como persona jurídica en nuestro ordenamiento, acorde con la libertad de establecimiento y circulación de las personas jurídicas en la Unión Europea. El artículo se centra en el Reglamento de la SCE y las normas a las que éste se remite: estatutos de la Cooperativa y legislación del Estado miembro: cooperativa y la que se dicte en desarrollo del Reglamento, además de la remisión a otras normas societarias en aspectos formales.

Se advierte que, para la aplicación del RSCE, nuestro derecho, estatal y autonómico, debe adoptar medidas a favor de la efectiva convivencia y no-discriminación de las cooperativas comunitarias que opten al Estatuto de la SCE y actúen en España, con las demás cooperativas de ámbito nacional, a las que en nuestro caso se aplica la LC estatal o las normas autonómicas. Además, el legislador debe garantizar la aplicación efectiva del RSCE.

PALABRAS CLAVE

Economía Social. Cooperativas. Reglamento. Sociedad Cooperativa Europea.

I. EL RSCE EN GENERAL¹

El 21 de agosto de 2003 se dictó el Reglamento 1435/2003² del Consejo de 22 de julio de 2003 relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), acompañado de la Directiva 2003/72³ del Consejo de la misma fecha por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

El RSCE ofrece una posibilidad de desarrollo a la Cooperativa en el ámbito europeo en paralelo a las sociedades de capital, por su importancia como factor en el marco socioeconómico. Este sistema será de aplicación efectiva este año, a partir del 18 de agosto de 2006, aunque el RSCE está ya vigente desde el 21 de agosto de 2003 (así lo dispone el art. 80⁴ del RSCE).

Ya el Comité Económico y Social, en el Dictamen de 19-9-1990 (DOCE C 332 DE 31-12-1990, pág. 81 y ss.), aconsejaba el establecimiento de Estatutos jurídicos distintos para las cooperativas y otras entidades (mutualidades, asociaciones) por la imposibilidad de aplicarles el Estatuto de la Sociedad Europea. Se abre para las Cooperativas un Estatuto opcional, con un marco jurídico, económico o de financiación, y social para la educación y formación de sus miembros. Asimismo el Parlamento Europeo⁵, en la resolución de 24-1-1991 (DOCE C48/1991 de 24-1-1991, pág. 48 y ss y 113 y ss), entre otras consideraciones, advertía del riesgo que supone el recurso a la legislación del derecho de sociedades, con la consiguiente posibilidad de pérdida de su carácter específico.

El Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea es el fruto de 30 años de estudios en el seno de la Unión Europea. El estatus de SCE es facultativo para las Cooperativas de los estados nacionales que quieran acceder a él cumpliendo los requisitos que

1. Este trabajo es el resultado del Proyecto de investigación de la UCM para 2005: "Directrices europeas sobre personas jurídicas sin ánimo de lucro: la necesaria adaptación del Derecho Español", y fue publicado en Revista La Ley nº 6479, de 10 de mayo, de 2006.

2. DOCE L207/20003, pág. 1 y ss.

3. DOCE L207/20003, pág. 25 y ss.

4. "Artículo 80. Entrada en vigor. El presente Reglamento entrará en vigor a los tres días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Se aplicará a partir del 18 de agosto de 2006." Y, como indica la doctrina, no sabemos la razón de esta especialidad: invitación a los gobiernos para revisar la normativa cooperativa, para aprobar las medidas de ejecución del RSCE, o se ofrece un plazo inicial para que los legisladores nacionales se planteen estas cuestiones. En cualquier caso, a meses de la aplicación efectiva, no hay normas en ninguno de los sentidos anteriores, lo que en teoría no puede afectar a la aplicación efectiva, aunque en la práctica ocurrirá (en temas principales y básicos como el Registral).

5. "3. Considera asimismo que el recurso a la legislación actualmente en vigor en materia de derecho de sociedades es un riesgo que puede hacerles perder su carácter específico, el cual consiste esencialmente en un conjunto de principios fundamentales, como la libre asociación de personas resueltas a dar prioridad a un objetivo común, la estructura de gestión democrática basada en la noción de la participación máxima y en el principio de "una persona, un voto", así como el principio de la solidaridad".

exige. No es una norma de armonización de la materia, sino una calificación cooperativa europea con ámbito de actuación europeo, que funcionará como elemento de intersección con las cooperativas de ámbito nacional de los Estados miembros, y al que podrán acceder éstas si lo desean y cumplen los requisitos del Reglamento.

En cada uno de los países de la Unión, y en concreto en el nuestro, convivirán: Cooperativas españolas, bajo la regulación estatal o alguna de las autonómicas en función de su ámbito territorial de actuación, junto con Cooperativas españolas que han obtenido además la calificación de sociedad cooperativa europea y pueden actuar en todos los países de la Unión, amparándose en el RSCE, además de Cooperativas de otros Estados calificadas como SCE que actúan en el ámbito europeo.

El RSCE puede ayudar a la superación de las barreras nacionales como opción de desarrollo propiamente cooperativa, aunque complica aún más la normativa aplicable a las Cooperativas. No obstante, no es la única solución para el cooperativismo europeo, ya que las cooperativas han utilizado otras formas de colaboración entre ellas. El RSCE regula las Cooperativas como sociedades de personas en paralelo con las sociedades de capital, formando parte de la actividad empresarial y contribuyendo al progreso de la cohesión social y el desarrollo sostenible; Como indica el Considerando 7: *“Las cooperativas son, ante todo, agrupaciones de personas o entidades jurídicas que se rigen por principios de funcionamiento específicos, distintos de los de otros agentes económicos.”*

En mi opinión, la especialidad cooperativa tenida en cuenta por el RSCE es una manifestación más de la evidencia: la Cooperativa es una persona jurídica sui generis que puede desarrollar cualquier actividad económica o social; como indica el artículo 1.1: *“podrán constituirse sociedades cooperativas en el territorio de la Comunidad en la forma de una sociedad cooperativa europea...”*; y se reitera a lo largo de los considerandos⁶.

Habría sido preferible una calificación de SCE aplicable a las Cooperativas que cumplieran ciertos requisitos regulados desde el Derecho comunitario bajo la forma de Directiva, en aras de un armonización de las diversas legislaciones, aunque dada la diversidad legislativa se trataba de una tarea casi imposible. El RSCE, por omisión u omisión, deja en manos de los Estados miembros y de las propias cooperativas

6. Véase, por ejemplo, el Considerando 12: *“La creación de una forma jurídica de alcance europeo para las cooperativas, que se base en principios comunes pero que tenga en cuenta sus características específicas, debe permitirles actuar fuera de sus fronteras nacionales, en todo o en parte del territorio de la Comunidad”*. Del mismo modo, el considerando 2 referido al desarrollo sin obstáculos del mercado interior, en el que *“empresas de todo tipo cuya actividad no se limite a satisfacer necesidades puramente locales puedan concebir y llevar a cabo la reorganización de sus actividades a escala comunitaria.”* Y el sexto haciendo hincapié en *“... dotar a las cooperativas, entidades comúnmente reconocidas en todos los Estados miembros, de instrumentos jurídicos adecuados que permitan facilitar el desarrollo de sus actividades transfronterizas.”* Por ello, deben eliminarse las *“dificultades de orden jurídico y administrativo”* para la cooperación transfronteriza (considerando 11).

que opten a la calificación de SCE muchas cuestiones. Por otra parte, y como veremos en un futuro más o menos próximo, la complejidad de la normativa aplicable a la SCE no contribuye a su aplicación.

Para la aplicación del RSCE el derecho interno, estatal y autonómico en nuestro caso, debe adoptar medidas para la efectiva convivencia y no-discriminación de las cooperativas comunitarias que opten al Estatuto de la SCE y actúen en España, con las demás cooperativas de ámbito nacional, a las que en nuestro caso se aplica la LC estatal o las normas autonómicas; así como medidas para garantizar la aplicación efectiva del RSCE. En nuestro ordenamiento jurídico los legisladores, estatal⁷ y autonómicos⁸, ofrecen una profusa regulación cooperativa. La normativa española, a la que se añade el RSCE, es quizá excesiva y dudosamente constitucional pero ésta es otra cuestión sobre la que no vamos a ahondar ahora. A los efectos de este artículo es importante destacar que esta diversidad es un obstáculo añadido a la aplicación del RSCE, y precisar cual será la contribución de los legisladores estatales y autonómicos para la aplicación efectiva del RSCE, e ilustrar a las Cooperativas acerca de la cuestiones básicas para acceder a la calificación de SCE.

II. EL RSCE EN PARTICULAR

En las páginas siguientes iremos planteando las reglas del RSCE, y los mínimos que deben reunir las entidades que quieran acceder a dicha calificación. Asimismo, abordaremos las adaptaciones que, en su caso, se deberán producir en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la entrada en vigor del RSCE.

7. Ley 27/1999 de 16 de julio.

8. Las Leyes de cooperativas vigentes se citan a continuación:

- Ley 8/2003 de 24-3 de Cooperativas de la Comunidad Valenciana.
 - Ley 1/2003 de 20-3 de Cooperativas de las Islas Baleares.
 - Ley 20/2002 de 14-11 de Cooperativas de Castilla la Mancha.
 - Ley 18/2002 de 5-7 de Cooperativas de Cataluña (modificación Ley 13/2003 de 13-6).
 - Ley 2/2002 de 29-6 de Cooperativas del País Vasco.
 - Ley 4/2002 de 11-4 de Cooperativas de Castilla-León.
 - Ley 4/2001 de Cooperativas de La Rioja.
 - Ley 4/1999 de 30-4, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid.
 - Ley 2/1999 de 31-3 de Cooperativas de Andalucía (modificación Ley 3/2002 de 16-12).
 - Ley 9/1998 de 22-12 de Cooperativas de Aragón.
 - Ley 5/1998 de 18-12 de Cooperativas de Galicia.
 - Ley 2/1998 de 26-3 de Sociedades Cooperativas de Extremadura.
 - Ley 12/1996 de 2-7 de Cooperativas de Navarra.
- Las CCAA de Asturias, Cantabria, Murcia, Canarias no han aprobado sus Leyes de Cooperativas aunque tiene competencia para ello conforme a sus Estatutos.

II.1. LEGISLACIÓN APLICABLE Y ORDEN DE PRELACIÓN DE LAS FUENTES

La primera cuestión objeto de estudio es determinar la normativa aplicable a las sociedades cooperativas europeas. A priori parece evidente que debería ser el propio RSCE quien regulase todos los aspectos fundamentales, pero veremos que esta afirmación tiene muchos matices, ya que las remisiones a otras normas son continuas. El art. 8.1⁹ del RSCE se ocupa de la prelación de normas aplicable a la SCE, alternando las fuentes, complicando la concreción del régimen y estableciendo el siguiente orden de prelación de fuentes:

1. En primer lugar la propia norma: el RSCE –art. 8.1.a)-.
2. Los Estatutos, a través de autorizaciones expresas del RSCE –art. 8.1.b)-
3. La legislación de los estados miembros de adaptación del RSCE: como derecho supletorio para temas no regulados por el RSCE –art. 8.1.c)i)-.
4. La legislación cooperativa de los estados miembros: como derecho supletorio para temas no regulados por el RSCE –art. 8.1.c)ii)-.
5. Los Estatutos, conforme a la legislación del Estado del domicilio social, para materias no reguladas o reguladas parcialmente –art. 8.1.c)iii)-. Como vemos, tienen especial importancia los estatutos de la SCE, al ser una de las fuentes normativas de cada entidad, en segundo y quinto lugar; respecto de las cuales el propio RSCE establece los requisitos mínimos (art. 5.2) y las materias que deben regular, con independencia de lo que disponga la legislación del respectivo estado miembro.

Así, en resumen, la regulación de la SCE se encuentra en el RSCE, en los Estatutos de la propia SCE mediante remisión expresa en materias concretas, y en defecto de lo anterior (ausencia de regulación o regulación incompleta) en las normas del Estado miembro sobre estas entidades (en nuestro ordenamiento jurídico la referencia a la legislación de los Estados miembros debe entenderse referida a las normas estatal y autonómicas) o de nuevo en los Estatutos de la SCE, en este último caso necesariamente conformes con la legislación del Estado miembro.

Advertimos también que el sistema utilizado por el legislador comunitario en el articulado del RSCE es algo más fácil. A lo largo del RSCE el legislador comunitario regula ciertas cuestiones fundamentales por sí (1ª fuente), en otras se remite expresamente a los Estatutos (2ª fuente) o bien a la normativa de los Estados miembros (3ª y 4ª fuente). También se realizan puntualmente remisiones a los Estatutos que deben respetar la normativa del Estado miembros (5ª fuente).

9. "1. Las SCE se regirán: a) por lo dispuesto en el presente Reglamento; b) cuando el Reglamento lo autorice expresamente, por las disposiciones de los estatutos de la SCE; c) respecto de las materias no reguladas por el presente Reglamento, o si se trata de materias reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos por el presente Reglamento: i) por la legislación que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SCE, ii) por las leyes de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad cooperativa constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en que la SCE tenga su domicilio social, iii) por las disposiciones de los estatutos, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades cooperativas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social. 2. Si las leyes nacionales dispusieran reglas o restricciones específicas relacionadas con el carácter de la actividad que realice una SCE, o mecanismos de control a cargo de una autoridad supervisora, dichas leyes serán plenamente aplicables a la SCE."

Además, en el art. 8.2 se menciona la aplicación directa de las normas del Estado miembro que afecten a la SCE por razón de la materia, normas estatales o autonómicas sobre consumidores, enseñanza, viviendas..., que se entienden plenamente aplicables a la SCE.

Las medidas adecuadas de aplicación efectiva del RSCE, en el sentido del art. 78¹⁰ y el 8.1ci) por supuesto no se han planteado todavía. En principio, en nuestro caso, los encargados serán el legislador estatal y los autonómicos cada uno en su ámbito, según la distribución competencial de la Constitución Española y la asunción de competencias de los Estatutos de autonomía, aunque sería deseable una cierta uniformidad¹¹ en esta materia sobre la base del art. 149.1.6º y 8º de la Constitución.

Con relación a las normas del Estado miembro aplicables a las Cooperativas (fuentes 3 y 4), a que se refiere el art. 8.1.cii), nos regiremos por el domicilio social de la SCE. El domicilio de la SCE debe responder al lugar donde radique la administración central. En nuestro caso, el tema se complica, ya que la aplicación de la normativa Cooperativa autonómica o la estatal se fundamenta en función de la CCAA dónde radique la actividad principal de la Cooperativa. En nuestro ordenamiento jurídico se ha optado por el difuso e indeterminado de "actividad principal": ¿número de socios, volumen de actividad cooperativizada?; aunque podría sufrir algún cambio de resultados de la aplicación efectiva del RSCE. Así, podemos encontrarnos con una Cooperativa domiciliada en Ávila, cuya actividad principal se desarrolla en Madrid y que accede al estatuto de SCE, cuya situación es la siguiente: mientras que en el ámbito nacional le sería aplicable la Ley de Cooperativas Madrileña en razón de su actividad principal; en el ámbito europeo el RSCE, la legislación estatal o autonómica que afecte expresamente a la SCE en lo regulado parcialmente o no regulado por el RSCE, las normas estatales o autonómicas en materia de cooperativas en función del domicilio social (Castilla-León) como supletorio en algún caso y las normas nacionales o autonómicas que le afecten en función de la actividad.

La cordura debe imponerse y en nuestro ordenamiento, o bien se impone el criterio del domicilio social coincidiendo con la administración de la cooperativa, o bien entendemos que el domicilio social del art. 8 del RSCE se refiere al Estado en general, eligiendo éste el criterio de aplicación de las normas cooperativas; o en último lugar se entiende que cada entidad territorial con norma propia debe ser considerada

10. "Artículo 78. Normas nacionales de ejecución. 1. los Estados miembros adoptarán todas las disposiciones adecuadas para garantizar la aplicación efectiva del presente Reglamento. 2. Cada Estado miembro designará las autoridades competentes en el sentido de los artículos 7, 21, 29, 30, 54 y 73. Informará de ello a la Comisión y a los demás Estados miembros."

11. El legislador estatal debería tomar la iniciativa, a diferencia de lo que hizo en los años 80 y 90. No parece lógica ni deseable la dispersión que se produciría si, según las cuestiones, unas normas fueran dictadas por las CCAA y otras por el Estado, afectando todas ellas a la misma institución cooperativa teniendo en cuenta que el Estado español es miembro obligado al cumplimiento del derecho comunitario. No obstante se trata de una esperanza que supongo no dará los frutos deseados dadas las previsiones legislativas de nuestro ordenamiento jurídico.

como un Estado para determinar la legislación aplicable a las SCE domiciliadas en ella.

La remisión expresa, de forma concreta o bien genérica como es el caso del artículo 8, en el RSCE a la normativa del Estado miembro en que la SCE tiene su domicilio, normativa que afectará a la SCE que no sólo puede sino que debe actuar en al menos 2 estados miembros, puede llevar a ralentizar la actividad de la SCE en el Estado extranjero en que actúe, además del suyo propio, porque requiere un sobre-esfuerzo al ciudadano europeo, persona física o jurídica, de conocimiento de la normativa extranjera que se aplica a la SCE con la que se relaciona.

Además, en nuestro ordenamiento jurídico la situación puede ser similar a una singular “torre de Babel”. Competirán en el mercado, SCE domiciliadas en España o en otro país comunitario (con regulación similar a la nuestra o no) junto con cooperativas normadas únicamente por el derecho estatal o los autonómicos (por ahora 13 Leyes autonómicas y una estatal).

Además, en materia de legislación aplicable, el RSCE dispone el principio de no-discriminación de la SCE¹² en el Estado miembro en que ésta tiene su domicilio social, exigiéndose el mismo trato que las Cooperativas constituidas con arreglo a la legislación de este Estado. En nuestro ordenamiento la realidad autonómica da lugar a discriminaciones reales entre las Cooperativas nacionales en función de la Ley aplicable. Puede producirse la situación paradójica de convivencia de cooperativas discriminadas respecto de las de otras CCAA o las de ámbito estatal, junto con SCE que no pueden ser objeto de discriminación. Debería replantearse el absurdo de nuestros días en que junto a la tendencia europea unificadora existe una realidad normativa autonómica llevada al extremo en ámbitos en que no es esencial que existan múltiples regulaciones por razón del territorio, sin una base competencial clara y sin unos mínimos básicos comunes.

Otra cuestión pendiente es la precisión del art. 8.2 del RSCE que establece la aplicación de las reglas o restricciones de cada Estado por razón de la actividad de la cooperativa, y supone una no-discriminación positiva de la SCE respecto de las cooperativas nacionales que sufran esos mismos controles y límites en el Estado miembro.

Volviendo al Reglamento, parece que lo primero que deben hacer las Cooperativas españolas para acceder a la categoría de SCE es estudiar la normativa aplicable y tener claro cuales son las normas que se les imponen desde el RSCE. Intentaremos contribuir a ello estructurando esquemáticamente el régimen jurídico aplicable a la SCE según el orden de prelación previsto: RSCE (1ª fuente), Estatutos de la SCE (2ª y 5ª fuente) y legislación del Estado miembro del domicilio social (3ª y 4ª fuente). La siguiente tabla permite, de forma rápida, distinguir los aspectos previstos en el propio RSCE de aquellos otros en que éste se remite a otras normas.

12. Artículo 9. Principio de no-discriminación: “Con sujeción a las disposiciones el presente Reglamento, la SCE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad cooperativa constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social.”

II.2. NORMAS APLICABLES A LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA: REGLAMENTO, ESTATUTOS Y NORMAS DEL ESTADO MIEMBRO. CUADRO COMPARATIVO

NORMAS APLICABLES A LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA		
REGLAMENTO DE LA SCE ¹³	ESTATUTOS DE LA SCE ¹⁴¹⁵	NORMATIVA DEL ESTADO MIEMBRO ¹⁶
Denominación (art. 1 y 10 RSCE): SCE. "Limitada" en su caso		
Responsabilidad: de cada socio por el capital suscrito (art. 1.2). Si es limitada debe constar	Establecimiento facultativo de otras normas sobre responsabilidad de socios para evitar la regla del RSCE.	
Capital social , art. 3 y 4 RSCE ¹⁷ . Variable Mínimo suscrito. Activos susceptibles de valoración económica, no-prestación de servicios. Participaciones obligatoriamente nominativas Desembolso de participaciones, 25% mínimo las dinerarias, resto en cinco años, 100% en el resto.	Exigir un mínimo de capital no susceptible de reducción, aunque siempre por encima de 30.000 euros, art. 3.4. El capital puede alterar los plazos de reembolso. Prever derechos distintos según los tipos de participaciones, art. 4.1. Fijación del valor nominal de participaciones, art. 4.3. Posibilidad de determinar un plazo inferior a cinco años para el desembolso del saldo pendiente de las aportaciones dinerarias para evitar la aplicación de éste: art. 4.4. Fijación del mínimo de participaciones exigibles para acceder a la condición de socio, art. 4.7, Posibilidad de aportaciones complementarias por el aumento del valor nominal de participaciones, art. 4.9. Posible fijación de las condiciones de cesión o transmisión de participaciones, art. 4.11. En el art. 64 se deja en manos de los Estatutos la posibilidad de creación, reembolso, valor de títulos distintos de las participaciones y obligaciones que confieren privilegios específicos.	Fijación de un capital suscrito superior por razón de la actividad: se aplica a las SCE con domicilio social en ese Estado, art. 3.3. Designación de expertos y valoración de participaciones no dinerarias con remisión a las SA, 4.6.

13. 1ª FUENTE: Art. 8.1.a).

14. 2ª FUENTE: El RSCE recurre puntualmente a las disposiciones de los Estatutos de las SCE para alterar circunstancias previstas en él: Remisión expresa del art. 8.1.b). Los Estatutos no precisan respetar las normas de los Estados miembros.

15. 5ª FUENTE: *Introduciremos puntualmente mediante texto en cursiva las disposiciones de los Estatutos de la SCE del 8.1.c) iii que deben dictarse de conformidad con las disposiciones cooperativas del Estado miembro.*

16. 3ª Y 4ª FUENTE: El RSCE se remite expresamente a lo largo de todo el articulado, a la normativa del Estado miembro, art. 8.1.c) i y ii. La referencia afecta a la normativa de sociedades anónimas en temas formales, de publicidad, mientras en las materias de organización interna las normas referidas son las cooperativas.

NORMAS APLICABLES A LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA		
REGLAMENTO DE LA SCE	ESTATUTOS DE LA SCE	NORMATIVA DEL ESTADO MIEMBRO
Objeto principal ¹⁸ Amplio Se permite la actuación a través de una filial.		
Personalidad jurídica : se adquiere en el momento de la inscripción ¹⁹ en el Registro del Estado miembro: art. 18.		Registro de la SCE según la legislación de SA, art. 11. Publicidad de datos y documentos con remisión a la legislación de SA, art. 12.
Responsabilidad de los actos previos a la inscripción de la SCE no asumidos por ésta, recae sobre los sujetos que actuaron, art. 18.2.		
Constitución: Personas ²⁰ : físicas o jurídicas. Forma ²¹ : originaria, fusión y transformación. Menciones mínimas requeridas en Estatutos: 5.4.	Los Estatutos podrán establecer límites o prohibiciones a las personas físicas o jurídicas que son socios, art. 14.1	Aplicación de la legislación sobre control preventivo en fase de constitución en materia de SA, art. 5.3. En lo no previsto en el RSCE para la constitución de la Cooperativa, art. 17, art. 20 y 26 (remisión a la fusión ²² de cooperativas, y en su defecto la de SA), art. 22.3 (fusión transfronteriza), art. 28. Remisión en caso de transformación ²³ .

17. El mínimo suscrito es de 30.000 euros aunque puede ser superior por disposición del Estado miembro del domicilio social en razón de la actividad ejercida. El mínimo debe mantenerse durante la vida de la SCE y tiene prioridad incluso por delante del reembolso a los socios. También se regulan cuestiones relativas a las participaciones del socio: valor, suscripción, desembolso.

18. Es indeterminado, art. 1.3: cualquier actividad económica o social.

19. La publicidad en DOUE es a título informativo, art. 13.

20. Se exige un mínimo de personas, designándose quienes pueden ser socios (amplitud de criterio: personas físicas o jurídicas): art. 5.

21. Se establecen algunas reglas de forma y algunas cuestiones sobre socios, art. 14.

Se permiten tres formas de constitución:

1. Originaria.

2. Fusión (por absorción o mediante la constitución de una nueva persona jurídica: condiciones del proyecto de fusión, informe del proyecto por el órgano de administración o dirección; datos de publicidad del proyecto de fusión en el boletín oficial; informe de expertos independientes.

3. Transformación: proyecto de transformación, informe.

22. Regulación de los motivos de oposición a la fusión por razones de interés público, art. 21.2.

Requisitos adicionales para la publicidad del proyecto de fusión añadidos a los de publicidad de SA, art. 24.1.

Admisión de un informe único de fusión, art. 26.2.

Art. 28: Aplicación de las normas de cada estado en caso de fusión para la protección de los intereses de los acreedores y los obligacionistas de las cooperativas. Posibilidad de adoptar normas para proteger a los socios que se oponían a la fusión.

NORMAS APLICABLES A LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA		
REGLAMENTO DE LA SCE	ESTATUTOS DE LA SCE	NORMATIVA DEL ESTADO MIEMBRO
Adquisición de la condición de socio : aprobación por el órgano de dirección o administración, art. 14.1. Número variable. No admite terceros no socios, art. 1.4. Pérdida de la condición de socio, renuncia y expulsión: art. 15. Derechos económicos en su caso, art. 16 ²⁴	Socios : Los Estatutos pueden imponer condiciones a los socios con relación al capital mínimo suscrito o al objeto de la entidad, art. 14.2. Posibilidad de establecimiento de participaciones complementarias, art. 14.3. Se requiere disposición expresa en Estatutos para la actividad con terceros beneficiados por las actividades o participando en las operaciones al estar excluida en el RSCE: art. 1.4. Se pueden añadir supuestos de pérdida de la condición de socio a los previstos en el 15.1. Se establecerán reglas de modos, condiciones y plazos, art. 16 ²⁵ <i>Admisión de socios inversores (no usuarios), art. 14.1.26</i>	Admisión de socios inversores (no usuarios), art. 14.1: en Estatutos cuando el Estado miembro lo permita.
Estatutos : art. 5 ²⁷ . Con mínimos de forma: escrita y con firma de fundadores, y menciones.		Elaboración de estatutos por los fundadores de conformidad con las disposiciones del Estado miembro del domicilio social, art. 5.2.
Domicilio social : en el Estado miembro de la Administración central. Modificación del domicilio, art. 6 y 7.	La modificación de domicilio social requiere modificación de estatutos, art. 7.10.	Posibilidad de imponer a las SCE registradas en él que domicilio social y administración central coincidan, art. 6. Algunas cuestiones relativas al traslado de domicilio, art. 7.

Art. 29, 30, 31, 32: control de la legalidad de la fusión, autoridad de control de la constitución perteneciente al Estado miembro del futuro domicilio de la SCE (tribunal, notario u otra autoridad del Estado miembro competente en materia de control de la fusión de cooperativas y en defecto de la fusión de SA), registro de la constitución, comprobación de que la constitución se ajusta a las condiciones de la legislación del Estado miembro del domicilio social, procedimientos de publicidad de la fusión.

Art. 32: efectos de la fusión respecto de los trámites especiales para la transmisión de bienes, derechos y obligaciones.

23. Publicidad de la transformación de la SCE en el art. 35.4, designación de expertos que certifican el respeto al RSCE de la transformación de la Cooperativa: art. 35.5, condiciones de la votación para la transformación: art. 35.7.

24. El art. 16 se ocupa de los derechos económicos en caso de pérdida o renuncia y establece plazos mínimo y máximo de reembolso previstos en los Estatutos: no menos de 6 meses ni más de tres años desde el balance posterior a la pérdida de la condición de socio.

El capital puede alterar los plazos de reembolso, según indica el art. 3.4.

25. Como indica el art. 16, los Estatutos establecerán las modalidades y condiciones de renuncia y el plazo para el reembolso respetando los plazos impuestos en el RSCE.

26. 5ª FUENTE: *Disposición de los Estatutos de la SCE del 8.1.c) iii que se dicta de conformidad con las disposiciones cooperativas del Estado miembro.*

27. El RSCE menciona los mínimos exigibles en tema de forma: escrita, con firma de fundadores; y las menciones que deben consignarse en ellos.

NORMAS APLICABLES A LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA		
REGLAMENTO DE LA SCE	ESTATUTOS DE LA SCE	NORMATIVA DEL ESTADO MIEMBRO
Principio de no-discriminación , art. 9.		
<p>Reglas de administración. Se admiten dos sistemas de administración, dual y monista, con normas propias y algunas comunes a ambos.</p> <p>Sistema dual: Se regulan las funciones del órgano de dirección en el art. 37.1 (gestión y representación externa) y del órgano de control en el 39.1 (control de la gestión, representación interna de SCE ante el órgano de dirección en caso de litigios o contratos, nombramiento por la asamblea), la presidencia, la convocatoria de los órganos de administración y control, el derecho de información del órgano de control respecto del de dirección en art. 40 y la elección del presidente del órgano de control e iniciativa en la convocatoria del órgano de control en art. 41.</p> <p>Sistema monista: funciones del órgano de administración en el art. 42.1 (gestión de la SCE y representación frente a terceros), limitación a ? máximo de socios no usuarios en el órgano de administración en el art. 42.2, mínimo de 3 en los supuestos de la Directiva 2003/72, nombramiento de miembros por la asamblea en el 42.3; reuniones cada tres meses mínimo en el art. 43.1 y derecho de información de sus miembros en el art. 43.2, nombramiento de presidente e iniciativa de la convocatoria del órgano en el art. 44.</p> <p>Normas comunes a los sistemas monista y dual: plazo máximo de 6 años para la duración de los mandatos de órganos de la SCE en el art. 45, reglas sobre el poder de representación y responsabilidad en el art. 47 (ejercicio unipersonal o colectivo, responsabilidad frente a terceros de actos que excedan el objeto social salvo que se trate de límites legales con arreglo a la legislación del estado miembro, o que se pruebe que el tercero conocía o podía conocer los límites del objeto social con arreglo a la legislación del Estado miembro; en general, responsabilidad frente a terceros de actos que contraríen los límites estatutarios o de los órganos competentes de la SCE). En el art. 49: obligación de confidencialidad de los órganos de la SCE salvo excepciones de normativa de Estados miembros o interés público. En el art. 50 se establecen reglas de quórum y toma de decisiones de los órganos de la SCE.</p>	<p>Sistema elegido de administración para la SCE: art. 36.b.</p> <p>Sistema dual: establecimiento del número de miembros del órgano de control y del órgano de dirección y normas para su determinación art. 37.4 y 39.4; normas de nombramiento del presidente y la convocatoria del órgano de dirección, art. 38. Posibilidad de nombrar al primer órgano de control en el art. 39.2. Posibilidad de fijar las condiciones para la convocatoria del órgano de control, art. 41.2.</p> <p>Sistema monista: establecimiento del número de miembros y normas para determinación en órgano de administración, art. 42.2; posibilidad de nombrar al primer órgano de administración en el art. 42.3; posibilidad de establecer la periodicidad de las reuniones por encima del mínimo establecido en el RSCE (3 meses) en el art. 43.1; posibilidad de fijar las condiciones para la convocatoria del órgano de administración en el art. 44.2.</p> <p>Normas comunes a los dos sistemas: Se puede establecer el período de duración de mandatos de órganos de la SCE inferior al máximo del RSCE (6 años) y posibles restricciones para la reelección, en el art. 45.</p> <p><i>En el art. 46 se ofrece la posibilidad de que los estatutos establezcan que una sociedad pueda ser miembro de uno de los órganos de la SCE, o que fijen condiciones especiales para ser miembro del órgano de administración aunque siempre de conformidad con la legislación del Estado miembro donde la SCE esté domiciliada²⁸.</i></p> <p>En el 47 se permite alguna precisión estatutaria en temas de responsabilidad: reglas de ejercicio diferente en los casos de poder confiado a más de un miembro de acuerdo con la legislación del Estado miembro. En el art. 48 los Estatutos enumerarán las operaciones que requieran autorización de algún órgano. En el art. 50 se permite que los Estatutos dispongan reglas particulares sobre la toma de decisiones de los órganos, en defecto de las cuales rige el RSCE, con la posibilidad de incluir alguna especialidad en los casos de empate.</p>	<p>Cada Estado miembro establecerá medidas con relación a las SCE cuyo sistema de administración difiera del regulado en el Estado miembro art. 37.5 y 42.</p> <p>Sistema dual: nombramiento de consejero delegado para la administración corriente, permiso para que el órgano de dirección sea nombrado o revocado por la Asamblea en lugar de por el órgano de control en el art. 37; establecimiento de límite temporal para el período en que un miembro del órgano de control puede ejercer funciones de miembro del órgano de dirección, número mínimo y/o máximo de miembros del órgano de dirección; en el art. 39.4: número de miembros, mínimo o máximo y composición del órgano de control). En el art. 40.3: disposición de que cada miembro del órgano de control goce de atribución para exigir información al órgano de dirección.</p> <p>Sistema monista: nombramiento de consejero delegado para la administración corriente en el art. 42.</p> <p>Normas comunes a los dos sistemas: En el art. 46 se advierte que la normativa del Estado miembro puede precisar si una sociedad puede ser miembro del órgano de la SCE o añadir algún dato sobre las condiciones particulares en Estatutos para ser socio; además excluye de la condición de miembro en los órganos de la SCE o representante de un miembro a los que no puedan hacerlo según la legislación del Estado o con arreglo a resolución judicial o administrativa dictada en el mismo. En el art. 47 se establecen precisiones respecto del poder de representación (1 y 4. reglas de ejercicio diferente en los casos de poder confiado a más de un miembro y reglas para su oponibilidad a terceros; 2. los límites legales oponibles a terceros en caso de extralimitación son los de la legislación del Estado miembro, así como las reglas de oponibilidad si el tercero conocía o no podía ignorar la extralimitación fuera del objeto social). En el art. 48 los Estados miembros pueden enumerar las operaciones que requieran autorización de algún órgano. En el art. 49, la normativa de Estados miembros puede excepcionar supuestos en que cese la obligación de confidencialidad de los órganos de la SCE. En el art. 50 se permiten reglas particulares sobre la toma de decisiones de los órganos en los casos de la Directiva 2003/72. Las normas de responsabilidad civil de los miembros de los órganos de la SCE son las de los estados miembros del domicilio de ésta aplicables a las Cooperativas, con arreglo al art. 51.</p>

NORMAS APLICABLES A LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA		
REGLAMENTO DE LA SCE	ESTATUTOS DE LA SCE	NORMATIVA DEL ESTADO MIEMBRO
<p>Normas sobre la Asamblea General²⁹: competencia, desarrollo, participación y representación, derecho de información, derecho de voto (cada socio un voto salvo excepciones en la legislación de los Estados miembros), adopción de acuerdos con reglas básicas salvo lo dispuesto en Estatutos, acta de la reunión, asambleas sectoriales. La distribución de excedentes queda en manos de la Asamblea en el art. 67</p>	<p><i>Determinación de competencias de la Asamblea: art. 52. Permiso para asistir a Asamblea a cualquier persona añadida a las previstas en el RSCE incorporado en los Estatutos de acuerdo con la legislación del Estado miembro, art. 58. En el art. 59.2, y con relación al derecho de voto, si la legislación del Estado miembro lo permite los Estatutos pueden establecer reglas de número de votos determinado por la participación en la actividad cooperativa: En el art. 59.3 se prevé que los Estatutos pedan atribuir derechos de voto a los socios no usuarios conforme a las reglas del mismo artículo. En el 59.4 se admite que los Estatutos puedan disponer., de acuerdo con la legislación del Estado miembro, la participación de representantes de los trabajadores, hasta un máximo del 15% de los votos totales, pero los Estados miembros pueden fijar los requisitos mínimos de esas normas de quórum . El art. 61 permite a los Estados miembros establecer requisitos de quórum para los fijados en Estatutos. El art. 63 permite a los Estatutos fijar la división de sectores o secciones de las asambleas sectoriales cuando la legislación del Estado miembro lo permita y fijar el número de delegados de éstas.³⁰.</i></p> <p>Mediante Estatutos se puede disminuir el número de socios que reunidos en grupo pueden convocar la Asamblea: en el art. 55. Los Estatutos pueden incluir normas sobre convocatoria de la Asamblea, 56.1. A través de Estatutos se puede reducir el número de socios que pueden solicitar la inclusión de puntos adicionales en el orden del día en el art. 57.. Posibilidad de fijar el número máximo de poderes del socio mandatario en Asamblea en el 58.3 y posibilidad de autorizar tipos de voto en art. 58.4. El art. 61 establece que los Estatutos fijarán las normas de quórum y mayorías en general, ofreciendo la posibilidad de incluir reglas especiales en caso de socios inversores o de SCE dedicada a actividades financieras o aseguradoras.</p>	<p>Competencias de la Asamblea: art. 52. Organización y desarrollo de ésta en art. 53. Frecuencia mayor a 6 meses para la reunión de Asamblea, autoridad u órgano que convoca, en el art. 54; reducción del tiempo entre primera y segunda convocatoria en el art. 56; el permiso para asistir a Asamblea a cualquier persona añadida a las previstas en el RSCE incorporado en los Estatutos debe respetar la legislación del Estado miembro, art. 58, regulando también los derechos de voto de los no usuarios, con el límite del 25% del total de votos. En el art. 61 se permite a los Estados miembros fijar alguna norma especial de quórum.</p>

28. 5ª FUENTE: Disposición de los Estatutos de la SCE del 8.1.c) iii que se dicta de conformidad con las disposiciones cooperativas del Estado miembro.

29. Decide el aumento de capital suscrito: art. 4.8; y las aportaciones complementarias de los socios para el aumento del valor nominal de las participaciones, art. 4.9.

30. 5ª FUENTE: Disposición de los Estatutos de la SCE del 8.1.c) iii que se dicta de conformidad con las disposiciones cooperativas del Estado miembro.

NORMAS APLICABLES A LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA		
REGLAMENTO DE LA SCE	ESTATUTOS DE LA SCE	NORMATIVA DEL ESTADO MIEMBRO
Algunas precisiones sobre cuentas anuales y consolidadas : art. 68 a 71 con remisión a la normativa de cada Estado.	Con arreglo al art. 65, los estatutos, <i>conforme con las disposiciones obligatorias de las legislaciones nacionales, determinarán el reparto de excedentes³¹ y la constitución de una reserva legal de éstos. También se deja en manos de Estatutos el pago de retorno en proporción a las operaciones realizadas con la entidad en el art. 66, y la posibilidad de excluir la distribución de excedentes en el art. 67.</i>	Con arreglo al art. 65, los estatutos, conforme con las disposiciones obligatorias de las legislaciones nacionales, determinarán el reparto de excedentes y la reserva legal de éstos. Aplicación de las normas de cada estado miembro en materia de cuentas anuales y consolidadas: art. 68 a 71, dictadas en aplicación de las Directivas comunitarias.
Disolución. ³² Mediante resolución judicial o de autoridad competente. La publicidad de la disolución se rige por el art. 12 del RSCE. La regla general de adjudicación del activo del art. 75 es el principio de adjudicación desinteresada, salvo otro sistema establecido en los Estatutos.	<i>Los estatutos pueden establecer una regla de adjudicación del activo diferente del principio de adjudicación desinteresada si la legislación del Estado miembro del domicilio social lo permite, en el art. 75³³.</i>	Se aplica la legislación del Estado miembro referente a cooperativas para la disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos o procedimiento análogo de la SCE. Además, según dispone el art. 73, la autoridad judicial "o cualquier autoridad administrativa competente del Estado miembro del domicilio social de la SCE" es competente para la disolución en los casos de infracción del número de socios o capital mínimo o ausencia de legalidad de la fusión y para perseguir las infracciones de la regla del domicilio social. El Estado miembro puede establecer medidas adicionales de publicidad de la disolución de la SCE. Los estatutos pueden establecer una regla de adjudicación del activo diferente del principio de adjudicación desinteresada si la legislación del Estado miembro del domicilio social lo permite, en el art. 75.
		<i>Además de todo lo anterior, el art. 78 obliga al Estado miembro a adoptar todas las disposiciones precisas para la aplicación efectiva del Reglamento y a designar a las autoridades competentes de los art. 7, 21, 29, 30, 54 y 73, y comunicarlo a la Comisión y a los demás Estados.</i>
		Y, en virtud de lo planteado en el art. 8 del RSCE, se aplicará la legislación de los estados miembros de adaptación del RSCE o la propiamente cooperativa como derecho supletorio para temas no regulados por el RSCE.
		Para los temas excluidos (expresamente citados en considerando 16: fiscalidad, competencia, propiedad intelectual o insolvencia) se aplicará la normativa del Estado miembro o la comunitaria.

31. 5ª FUENTE: Disposición de los Estatutos de la SCE del 8.1.c) iii que se dicta de conformidad con las disposiciones cooperativas del Estado miembro.

32. Se permite la **disolución** en los casos de infracción del número de socios o capital mínimo o ausencia de legalidad de la fusión conforme al art. 73 o la vulneración de las normas de domicilio social.

33. 5ª FUENTE: Disposición de los Estatutos de la SCE del 8.1.c) iii que se dicta de conformidad con las disposiciones cooperativas del Estado miembro.

II.3. ALGUNAS CUESTIONES BÁSICAS DE LA FUTURA SCE

1. Denominación

Las siglas que se añaden al nombre de la Cooperativa son SCE, delante o detrás de éste. Es extraño que imponiendo en primer lugar este criterio el art. 10.3³⁴ del RSCE, a continuación permita que cualquier entidad del tipo que sea con las siglas SCE no esté obligada a modificarlas; ello puede dar origen a fraude, constituyéndose entidades que se beneficien de esta nueva categoría sin serlo y se amparen en unas siglas de apariencia.

2. Constitución y socios

Con arreglo al RSCE pueden constituir³⁵ la SCE tanto personas físicas como jurídicas o la combinación de ambas siempre que residan o estén reguladas por el ordenamiento jurídico de al menos dos estados miembros.

La constitución puede ser originaria, mediante fusión por absorción o constitución de una nueva persona jurídica, o por transformación sin disolución ni creación de una nueva persona jurídica.

34. Artículo 10. Datos que deberán figurar en los documentos de la SCE. "2. Sólo las SCE podrán llevar las siglas "SCE" delante o detrás de su denominación social, con el fin de especificar su naturaleza jurídica. 3. No obstante, las sociedades u otras entidades jurídicas registradas en un Estado miembro antes de la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento en cuyas denominaciones sociales figuren las siglas "SCE" no estarán obligadas a modificar su denominación social."

35. Las reglas de constitución se plantean en el artículo 2 del RSCE, desarrollándose dos de las posibilidades en el capítulo II, en concreto fusión y transformación.

Artículo 2. Constitución: "1. La SCE podrá constituirse:

por un mínimo de cinco personas físicas que residan en al menos dos Estados miembros.

por un mínimo de cinco personas físicas y sociedades en la acepción del segundo párrafo del artículo 48 del Tratado, así como otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, que residan o estén reguladas por el ordenamiento jurídico de al menos dos Estados miembros,

por sociedades con arreglo al segundo párrafo del artículo 48 del Tratado y otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, reguladas por el ordenamiento jurídico de al menos dos Estados miembros,

por fusión de cooperativas constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, si al menos dos de ellas estén reguladas por el ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros,

por transformación de una sociedad cooperativa constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, siempre que haya tenido un establecimiento o una filial regulada por el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años.

Los Estados miembros podrán disponer que una entidad jurídica que no tenga su administración central en la Comunidad pueda participar en la constitución de una SCE, siempre y cuando tal entidad jurídica esté constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tenga su domicilio social en ese mismo Estado miembro y tenga una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro."

Parece criticable que el legislador comunitario se haya ocupado profusamente de la constitución mediante fusión, en menor medida de la constitución originaria y escasamente de la constitución mediante transformación.

Forma

Al regular la constitución no se hace referencia a los requisitos de forma, denominándose Estatutos tanto al acto constitutivo como a los Estatutos propiamente dichos, salvo que éstos constituyan un acto separado. Puede por tanto constituirse la SCE en un acto separado de la redacción de Estatutos. No obstante, el RSCE exige la redacción escrita de los estatutos y necesaria firma de los fundadores; ello no implica la necesidad de que los fundadores permanezcan como socios de la Cooperativa por lo que cualquier tipo de constitución es posible: de todos los socios reunidos en asamblea constituyente, o de los fundadores mediante un acto constitutivo al que se adhieren después el resto de socios.

Socios

En la constitución originaria, en el caso de que intervengan personas físicas, exclusivamente o junto con personas jurídicas, se exige un mínimo de cinco, que residan o estén reguladas por el ordenamiento jurídico de al menos dos Estados miembros.

En el caso de constitución llevada a cabo exclusivamente por personas jurídicas el Reglamento no alude expresamente al mínimo. Podríamos pensar que al menos sean dos personas jurídicas, ya que dos son los Estados miembros con arreglo a los cuales deben haberse constituido o regulado, y dos es el número mínimo de cooperativas reguladas por ordenamientos jurídicos distintos, según la referencia del 5.1 en el caso de fusión, teniendo en cuenta además que incorporar un número mayor de personas jurídicas puede ocasionar más problemas que ventajas. No obstante, siendo exigentes y partiendo de que la opción de SCE es una calificación voluntaria, y si se quiere garantizar un mínimo, podríamos mantener que el número debe de ser al menos 5 personas jurídicas; además, en el caso de fusión el RSCE indica que "*al menos dos de ellas*", lo que induce a pensar que serán más de dos, por lo que el número de cinco parece correcto tanto para personas físicas como jurídicas y para constitución originaria o mediante fusión.

Una vez sentados estos dos supuestos de constitución, debe advertirse que es extraño que en el tercer supuesto: transformación, el Reglamento sólo requiera una Cooperativa con establecimiento o filial regulado en otro estado miembro durante, al menos, dos años. Ello nos induce a plantear que esta fórmula es menos compleja para las Cooperativas ya existentes, aunque requiere esperar dos años para acceder a ella tras instalar un establecimiento o filial regulada por el ordenamiento de otro Estado miembro. En cualquier caso, el número de socios durante la vida cooperativa es variable, como indica el art. 1.2 del RSCE, y las cifras anteriores son mínimas.

En nuestro ordenamiento jurídico la constitución de Cooperativas se lleva a cabo de forma originaria mediante la reunión de socios, personas físicas y jurídicas,

públicas o privadas, en un número mínimo generalmente tasado. Coinciden todas las normas, estatal y autonómicas, en unos presupuestos generales similares. El número mínimo en nuestras normas cooperativas internas es cambiante: tres, cuatro o incluso cinco. En los casos de constitución originaria de una SCE o de Cooperativa que se transforme en ésta se deberían observar los números mínimos de socios exigidos en el RSCE y la pertenencia a al menos dos estados miembros. Aunque dependerá de la norma que tengamos en cuenta, nuestras cooperativas deben saber que necesitarán al menos cinco socios y que al menos uno de ellos sea de otro estado miembro para poder acceder a la calificación de la SCE.

En nuestro ordenamiento la constitución también es posible a través de fusión por absorción o creación de una nueva cooperativa, o mediante la transformación de una persona jurídica de otro tipo en una cooperativa. Estos dos tipos más, fusión y transformación, especialmente la última, son otras fórmulas de acceso a la SCE para nuestras cooperativas; El primer caso puede llevar a exigir un número mínimo de cinco socios, pero la transformación no precisa este número, basta la cooperativa principal con un establecimiento o filial.

Los requisitos subjetivos estatutarios para ser socio son admisibles en el ámbito de la SCE, dentro de los límites al objeto del artículo 14.2 del RSCE, así como los objetivos del 14.1 del mismo, al igual que ocurre en nuestras normas cooperativas internas. Por otra parte, no exige el RSCE requisitos de forma para adquirir la condición de socio. La negativa a la adquisición de la condición de socio es susceptible de recurso ante la Asamblea como indica el RSCE, aunque se echa de menos en éste la remisión a instancias judiciales en último lugar.

Aunque el RSCE no lo diga, es evidente que la SCE puede pedir que se le apliquen los derechos y obligaciones de los socios según la legislación del Estado miembro. En este punto echamos en falta una referencia clara en el RSCE, excepto las que se contienen en la regulación de la Asamblea General con relación a los derechos de participación, representación, voto e información.

Asimismo, la pérdida de la condición de socio se regirá por el RSCE o por los supuestos previstos en los Estatutos, así como los Derechos pecuniarios de reembolso cuyos plazos también regularán los Estatutos, respetando siempre el intervalo impuesto en el RSCE de no menos de 6 meses ni más de tres años desde el balance posterior a la pérdida de la condición de socio.

Otra cuestión que no plantea excesivos problemas son los tipos de socios que el RSCE permite. Hay que distinguir los socios usuarios de los posibles socios inversores no usuarios (admitidos en Estatutos sí la legislación del Estado miembro del domicilio social lo permite). También se admite la emisión de títulos suscritos por socios o terceros, que no confieren la condición de socio ni sus derechos y son distintos de las participaciones y las obligaciones.

Otro tema interesante es la exigencia del RSCE que requiere la condición de socio para beneficiarse de las actividades o participar en las operaciones de la SCE, en el art. 1.4, aunque la previsión de disposición en contrario en los Estatutos abre la puerta a la intervención de terceros no socios. En nuestro ordenamiento jurídico

estatal y autonómico esta previsión de actuación con terceros ajenos a la Cooperativa es una realidad que las normas regulan dentro de unos límites; las Cooperativas que deseen acceder al Estatuto de la SCE deben conocer e incluir expresamente en sus Estatutos dicha mención. No obstante, la SCE parece prohibir lo que realmente permite sin límites: la actuación con terceros sujeta a lo que dispongan los Estatutos³⁶.

Una cuestión inquietante en los casos de constitución mediante fusión es la exigencia de una serie de precisiones en el RSCE (art. 19 a 34) a las que se añade la del art. 30.4 de comprobar que la constitución se ajusta a las condiciones de la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SCE; función de control que corresponde a la autoridad que controle la fusión. En mi opinión, quizá hubiera sido deseable plantear unos mínimos obligatorios en cuestiones básicas en el RSCE: forma de la fusión, requisitos, responsabilidad... y dejar el resto al Estado miembro, ya que las remisiones genéricas a la legislación del Estado miembro, o llevan al olvido y no contribuyen al control, o bien pueden suponer un control excesivo. Otro dato discutible es que los controles de legalidad de la fusión de los art. 29 y 30, necesarios para autorizar la constitución mediante fusión, sean también causas de disolución de la SCE en caso de omisión, con arreglo al art. 34.2 RSCE.

Aunque el capítulo primero del RSCE se ocupa de la constitución de SCE y la normativa aplicable a ésta, más adelante el capítulo II también alude a otras cuestiones interesantes³⁷ relativas a la constitución. Se refiere el art. 17 a la aplicación a la constitución de la SCE de la legislación del Estado miembro en que tiene el domicilio social, en defecto del propio RSCE. Ello nos lleva a pensar que en los supuestos de constitución de la SCE el control de legalidad se realizará en la escritura pública de constitución y en el acceso al Registro; con la especialidad de los art. 29 y 30 para el caso de fusión. Así pues, tanto los fedatarios públicos como el Registro de Cooperativas (si es el competente) deben conocer el RSCE en caso de que cualquier Cooperativa se presente para acceder a la calificación de SCE.

36. Los Estatutos de las Cooperativas nacionales, estatales o autonómicas, limitan la actuación con terceros con arreglo a sus normas, mientras que la SCE puede disponer en Estatutos la actuación con terceros sin control; aunque siempre con el límite del art. 17 RSCE que remite para la constitución a la legislación del Estado miembro del domicilio social.

37. Son los artículos 17 y 18 relativos a la legislación aplicable durante la constitución, la adquisición de personalidad jurídica y la responsabilidad solidaria de los que realicen actos en nombre de la SCE antes de su inscripción.

Artículo 17. Legislación aplicable durante la constitución: "1. *Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, la constitución de una SCE se regirá por la legislación aplicable a las cooperativas del Estado en que la SCE fije su domicilio social.* 2. *La inscripción de una SCE se hará pública con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12.*" Artículo 18. Adquisición de personalidad jurídica: "1. *La SCE adquirirá personalidad jurídica el día de su inscripción, en el Estado miembro de su domicilio social, en el registro señalado por dicho Estado con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 11.* 2. *En el caso de que se hayan realizado actos en nombre de la SCE antes de su inscripción con arreglo al artículo 11 y de que, después de dicha inscripción, la SCE no asuma las obligaciones que se deriven de dichos actos, las personas físicas, sociedades u otras entidades jurídicas que los hayan realizado responderán solidariamente de los mismos, salvo acuerdo contrario.*"

3. Personalidad Jurídica y publicidad

Para la obtención de la personalidad jurídica³⁸ la SCE debe constituirse, cumpliendo los requisitos exigidos, e inscribirse en el Registro.

La referencia del Reglamento a la inscripción en el Registro “*que señale la legislación de ese Estado miembro de conformidad con la legislación aplicable a las SA*” no tiene en cuenta nuestro sistema de Registros de Cooperativas –estatal y autonómicos-, que se ocupan de la publicidad de las entidades cooperativas para la adquisición de personalidad jurídica y la publicidad de sus actos. Los actos de la SCE se harán públicos en las condiciones del artículo 12, que también se refiere a la legislación de SA.

Se observan en el RSCE referencias a la normativa de SA de cada estado miembro en cuestiones principalmente formales³⁹ y también otras de contenido, que parecen tomadas del Estatuto de la SE, olvidando el legislador comunitario la especialidad de la SCE. El RSCE acude paralelamente a la legislación de cooperativas de cada estado miembro (constitución, estatutos) y a la de sociedades anónimas (control preventivo en la constitución). Habría sido preferible una simple remisión a las normas que regulan las cooperativas en cada Estado miembro, sin referencias a la de SA, aunque por supuesto lo más deseable sería una remisión mínima a los ordenamientos estatales regulando el RSCE los temas básicos previstos en él. Aunque es cierto que las normas de anónimas gozan de una mayor armonización, lo que entendemos es la causa principal de la remisión a las mismas.

En materia de Registros de Cooperativas la aproximación de legislaciones es necesaria y el desarrollo indirecto del RSCE es inevitable, adaptando las normas internas para una correcta aplicación, teniendo en cuenta que la proliferación de registros autonómicos de cooperativas no parece ayudar en nada a la uniformidad.

Podemos resumir las posibilidades que se presentan: creación de un Registro de SCE domiciliadas en España, mención en cada Registro respecto de las SCE

38. Artículo 1.5 del RSCE: “*La SCE tendrá personalidad jurídica*”.

La SCE adquiere personalidad jurídica con la inscripción en el Registro de SA del Estado miembro en que la SCE tiene su domicilio social según disponen los artículos 11 y 18 del RSCE:

Artículo 11: Inscripción en el Registro y contenido de la publicidad. “*1. Toda SCE deberá estar registrada en el Estado miembro de su domicilio social, en el registro que señale la legislación de ese Estado miembro de conformidad con la legislación aplicable a las sociedades anónimas.*”

Artículo 18: Adquisición de personalidad jurídica. “*La SCE adquirirá personalidad jurídica el día de su inscripción, en el Estado miembro de su domicilio social, en el registro señalado por dicho Estado con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 11.*”

Además de los efectos de la inscripción en la adquisición de personalidad jurídica por la SCE, los documentos y datos relativos a la entidad también deben gozar de publicidad con arreglo a lo dispuesto en el art. 12. Por otra parte, la publicación de la inscripción, traslado de domicilio y baja de una SCE en el DOUE se realiza a título informativo (art. 13).

39. Las remisiones a la normativa de SA aluden al contenido de cartas y documentos destinados a terceros (art. 10.1); el registro de la SCE para la adquisición de personalidad jurídica (art. 11); y la publicidad de actos y datos (art. 12).

españolas que obtengan esta calificación en la página correspondiente o creación en cada Registro de cooperativas de una sección específica.

No debe admitirse que la referencia al Registro deba ser el de SA, ya que en nuestro país las Cooperativas disponen de su propio registro.

Con relación a otro tema, la inscripción de la constitución y baja de la SCE o del traslado del domicilio social de la SCE se produce en cada Estado miembro para su eficacia, mientras que a título informativo se inscribe en el DOUE, como dispone el art. 13 RSCE, aunque desconocemos quien informa y que obligación real tiene, es decir si existen consecuencias en caso de incumplimiento. Y, si esto es así, ¿cómo conoceremos que una SCE que actúa en nuestras fronteras está registrada en otro Estado miembro y cumple con todas las precisiones legales del RSCE?

4. Objeto u actividad

El RSCE alude a las actividades económicas y sociales de la SCE para el suministro de bienes o servicios o la ejecución de obras en el artículo 1.3⁴⁰ al situar el objeto social de la misma, siendo la referencia en el resto del articulado con el término de objeto social (como en el artículo 5.4 incluido entre las menciones estatutarias).

Con la referencia genérica del 1.3 cualquier clase de cooperativa podría acceder a la categoría de SCE, independientemente de su objeto, y ello al margen de que no corresponda con ninguna de las categorías reguladas en las Leyes estatales.

Esta amplitud de miras es lógica si tenemos en cuenta la diversidad de países de la UE y las distintas actividades a las que pueden dedicarse las Cooperativas. Debe advertirse acerca de la posibilidad de que nuevas clases de cooperativas accedan a nuestro mercado; siempre tendremos la base de distinción estructural de consumo, trabajo o servicios que permitiría entender y encajar cualquier novedad al respecto. Además, es importante destacar el límite que, con relación a la actividad de la SCE, dispone el artículo 8.2 del RSCE, *“Si las leyes nacionales dispusieran reglas o restricciones específicas relacionadas con el carácter de la actividad que realice una SCE, o mecanismos de control a cargo de una autoridad supervisora, dichas leyes serán plenamente aplicables a la SCE.”*

5. Capital

Dejamos fuera de este Trabajo un desarrollo exhaustivo de las cuestiones económicas de las futuras SCE, si bien debemos referirnos a las precisiones básicas del capital social que contienen los art. 3 y 4 del RSCE.

El capital social es variable, aunque se prevé un mínimo expresado en moneda, suscrito no inferior a 30.000 euros, salvo que el Estado miembro en esté domiciliada

40. Artículo 1.3 y 1.4. del RSCE: La SCE es un instrumento útil *“para la satisfacción de las necesidades y el fomento de las actividades económicas y sociales de sus socios... no podrá admitir que terceros no socios se beneficien de sus actividades o participen en sus operaciones, salvo disposición en contrario de los estatutos.”*

la SCE fije una cantidad superior, sin posibilidad de reducción por debajo de esta cantidad. El capital se expresará en moneda y dará lugar a participaciones.

Las participaciones de los socios sólo podrán constituirse con activos susceptibles de participación económica, no con prestación de obras o servicios. El capital está representado por las participaciones de los socios expresadas en moneda nacional.

6. Domicilio

El domicilio social determina la legislación nacional aplicable en las materias a que se remite el Reglamento y las que éste no regula directamente. El domicilio coincidirá con la administración central de la propia SCE⁴¹.

El RSCE plantea prevenciones importantes en el art. 7⁴² para el traslado del domicilio social en orden a evitar elusión de responsabilidades, teniendo en cuenta que el traslado no da lugar a la disolución de la SCE ni a la creación de una nueva persona jurídica y que es uno de los datos que más publicidad tiene, tanto a nivel obligatorio en el Registro para que el traslado surta efectos, como informativo en el DOUE.

Las Cooperativas que quieran beneficiarse del estatuto de la SCE deberán cumplir los requisitos mínimos, y se registrarán por el RSCE, por sus estatutos y por la legislación del Estado miembro de su domicilio social en lo no regulado por el Reglamento. En este sentido muchas de las notas especiales de nuestras Cooperativas se mantendrán por aplicación de las normas internas; aunque debemos estar alerta respecto de las condiciones de seguridad y responsabilidad de las cooperativas de otros países de la Unión.

Esta alerta se manifiesta especialmente en el art. 3 del RSCE, que permite que existan SCE cuyo domicilio social se encuentre fuera de la zona del euro, sometidas a las reglas del art. 2.2: constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico del estado miembro, con domicilio social en él y con vinculación efectiva y continua con la economía del Estado miembro.

7. Estructura orgánica

El capítulo III del RSCE se ocupa de la estructura de los órganos y permite cualquiera de los dos sistemas vigentes de facto: monista y dualista, regulando junto a ellos normas comunes a ambos. Se trata de uno de los aspectos más estudiados y más polémicos desde el origen del RSCE.

41. Artículo 6 RSCE, que incorpora la posibilidad de poder obligar a la SCE a la coincidencia de ambos: domicilio social y administración central.

42. Según el amplio contenido del artículo 7, el traslado precisa proyecto de traslado e informe de su justificación, derecho de examen de los mismos por los afectados por el traslado, respecto de cuyos intereses la SCE debe demostrar su protección. Asimismo los socios pueden renunciar a su condición. El traslado debe cumplir ciertos trámites y ser certificado por la autoridad competente; el RSCE tiene en cuenta especialmente la protección de los intereses de terceros. El traslado requiere la modificación de Estatutos.

En la estructura orgánica que el RSCE prevé para la SCE conviven el sistema de administración dual⁴³ –órgano de dirección y órgano de control- y monista⁴⁴ –órgano de administración-, a elección de la persona jurídica que lo incluirá en los Estatutos, junto con la Asamblea General de la SCE. El sistema dual, con mayores prevenciones conlleva la administración y representación de la SCE por el órgano de gestión y el control de éste por el órgano de control; mientras que el sistema monista plantea un único órgano de administración y representación. Se admiten ambos sistemas con su propia estructura.

Los dos sistemas de administración comparten reglas comunes⁴⁵ respecto a: poder de representación, duración del mandato, condiciones de elegibilidad, responsabilidad por su actuación, toma de decisiones, confidencialidad; y recurren a los Estatutos de la SCE y a la regulación sobre cooperativas del Estado miembro en que la SCE tiene el domicilio social. Se repite en el RSCE el recurso alternativo a los Estatutos y a las normas del Estado miembro, y en este caso la referencia se realiza respecto de las normas cooperativas.

Junto al órgano de administración se desarrollan en el RSCE los aspectos formales de la Asamblea General de socios y su convocatoria, en los art. 52 a 63. En defecto del RSCE se prevé, para todo lo que afecte a la Asamblea General (organización, desarrollo, votación), la remisión a la legislación sobre cooperativas del Estado miembro⁴⁶. También se regulan asambleas sectoriales o de sección permitidas por los Estados miembros de que se trate para SCE con distintas actividades o actividades en más de una “unidad territorial”, varios establecimientos o más de 500 socios. La amplitud del término unión territorial hace pensar en ámbitos no necesari-

43. Respecto del sistema dual se regulan en primer lugar las funciones del órgano de dirección (gestión y representación), su designación, presidencia y convocatoria; y en segundo las funciones del órgano de control (control de la gestión), su designación, su derecho de información, presidencia y convocatoria: Artículos 37 al 41 del RSCE.

44. En cuanto al sistema monista, por la lógica estructura del mismo, el RSCE alude exclusivamente al órgano de administración: funciones (gestión y representación), designación, información a sus miembros, presidencia y convocatoria: Artículos 42 a 44 del RSCE.

45. Artículos 45 a 51: duración del mandato (según Estatutos pero nunca más de seis años, que pueden renovarse una o más veces), condiciones de elegibilidad (el RSCE se ocupa de las condiciones en positivo, ya que para las prohibiciones se remite a la legislación del Estado miembro), poder de representación (conferido a uno o varios miembros, responsabilidad de la SCE frente a terceros por la actuación de sus representantes – tema interesante que veremos más adelante-, operaciones sujetas a autorización, confidencialidad (obligación de no divulgación con la extraña excepción de lo permitido en los Estados miembros en materia de cooperativas o sociedades), decisiones de los órganos (quórum de asistencia y decisión) y responsabilidad civil de los miembros de cualquiera de los órganos de la cooperativa por incumplimiento de cualquier tipo de obligación legal o estatutaria en el ejercicio de sus funciones (con plena remisión a las normas del Estado miembro dónde esté domiciliada la SCE).

46. Así lo establece en general el artículo 53 junto con referencias expresas en el resto de artículos: 54.1 y 2; , 56.3; 58.2, 59, 61.3 y 4.

Artículo 53. desarrollo de la Asamblea General: *“Sin perjuicio de las normas previstas en la presente sección, la organización y desarrollo de la asamblea general, así como sus procedimientos de votación, se regirán por la legislación aplicable a las cooperativas del Estado miembro del domicilio social de la SCE.”*

riamente estatales; puede tratarse de un ámbito autonómico o estatal, en al menos dos estados miembros.

8. Disolución

Es importante la previsión genérica del artículo 72⁴⁷ sobre aplicación de las disposiciones legales sobre cooperativas del Estado miembro en que la SCE tenga su domicilio social en el tema de disolución. Además, el RSCE añade algunas reglas más, aunque en general en este punto se remite bastante a la legislación del Estado miembro.

Se observa, sorprendentemente, que el RSCE alude a autoridades administrativas competentes sin exigir la revisión judicial como hace nuestra legislación cooperativa, lo que podría suponer un retroceso en la esfera de derechos fundamentales de las personas jurídicas y las físicas que pertenecen a la SCE y se relacionan con ella. Habrá que ver que ocurre si un Estado miembro no dispone ninguna prevención al respecto, o si opta por controles únicamente administrativos para la disolución de las Cooperativas.

II.4. ALGUNAS IDEAS ACERCA DEL FUTURO PROYECTO DE LEY SOBRE LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA

Nuestro legislador no se ha planteado todavía las medidas adecuadas de aplicación efectiva del RSCE, a instancia del art. 78 y el 8.1ci) de éste. En principio, abogamos porque el legislador estatal prevea un marco general que garantice la uniformidad de la SCE domiciliada en España sobre la base, entre otros, del art. 149.1.6º y 8º de la Constitución; y que los autonómicos, cada uno en su ámbito, según la distribución competencial de la Constitución Española, puedan regular algunos temas puntuales; y todos ellos contribuyan a la aplicación efectiva del RSCE.

Esta cuestión está ya resuelta en el caso de la Sociedad Anónima Europea. Para la aplicación del Reglamento 2157/2001 del Estatuto de la SE nuestro ordenamiento ya dispone de la Ley 19/2005 de 14 de noviembre sobre la Sociedad Anónima Europea⁴⁸ domiciliada en España, en virtud de la competencia exclusiva del Estado del 149.1.6º de la Constitución.

47. Artículo 72. Disolución, insolvencia y procedimientos análogos: *"En lo referente a la disolución, insolvencia, suspensión de pagos y procedimientos análogos, la SCE estará sometida a las disposiciones legales aplicables a las cooperativas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que tenga su domicilio social la SCE, incluidas las disposiciones relativas a la adopción de decisiones por la Asamblea General."*

48. Por virtud de su artículo único modifica el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas: art. 312 a 338 regulando el régimen de la SE domiciliada en España. Por el paralelismo respecto de la SCE, cuyas cuestiones básicas son similares, recogemos un resumen de su contenido.

Se ocupa de los siguientes aspectos: régimen de la SE, regularización de la situación, inscripción y publicación de actos, traslado de domicilio, constitución (en caso de fusión: participación de otras sociedades, oposición a la participación de una sociedad y reglas del sistema dual) y algunas cuestiones de la junta general.

Sobre la base de la tabla del apartado II.2. (*normas aplicables a la SCE*) y estableciendo un paralelismo de la norma dictada para la aplicación de la SE domiciliada en España y la futura Ley sobre la Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España, ésta precisará reglas que afecten a las siguientes cuestiones:

- Régimen aplicable a la SCE.
- Regularización de la SCE en casos en que domicilio no coincida con la administración central.
 - Imposición de coincidencia entre domicilio y administración central y cuestiones sobre el traslado de domicilio.
 - Cuestiones puntuales sobre el capital social (capital suscrito, designación de expertos y valoración de participaciones no dinerarias).
 - Inscripción y publicación de los actos relativos a la SCE: Registro.
 - Normas específicas según los tipos de constitución (control preventivo de la constitución; reglas concretas sobre la fusión y transformación).
 - Medidas con relación a las SCE cuyo sistema de administración difiera del regulado en el Estado miembro, y estudio de algunas cuestiones concretas de la administración en general, así como respecto de la Asamblea (organización, frecuencia, asistencia, voto, quórum...).
 - Reglas especiales sobre la disolución: publicidad, adjudicación del activo.
 - Designación de las autoridades competentes de los artículos 7 (traslado de domicilio), 21 (motivos de oposición a la fusión), 29 y 30 (control del procedimiento y de la legalidad de la fusión), 54 (convocatoria de la Asamblea) y 73 (disolución).
 - Revisión de los temas excluidos del RSCE (fiscalidad, competencia, propiedad intelectual o insolvencia) que se puedan ver afectados por éste o que requieran una adaptación reflejando la existencia de la nueva entidad: la SCE.

III. CONCLUSIONES

- El RSCE se abre ante nuestras Cooperativas como posibilidad de desarrollo transnacional en el ámbito comunitario, y será plenamente aplicable a partir del 18 de agosto de 2006.
- Nuestro derecho interno, preferentemente estatal, debe adoptar medidas para la efectiva y pacífica convivencia y no-discriminación de las cooperativas que opten al estatuto, y medidas de aplicación efectiva del RSCE.
- El RSCE opta por un mínimo de normas imperativas, en beneficio de la autonomía de la voluntad y de la normativa de cada Estado miembro; lo que es una muestra más de la tendencia del legislador comunitario hacia la autorregulación, aunque puede llevar a la coexistencia de múltiples SCE, al menos una por cada Estado miembro.

- Las Cooperativas que deseen acceder al Estatuto de la SCE deberían analizar previamente las consecuencias que para ellas se pueden derivar del orden de prelación de fuentes normativas que se relaciona en el complejo artículo 8 RSCE, tal y como hemos detallado en el esquema gráfico expuesto y desarrollado a lo largo de este trabajo.

- Se observan algunas imprecisiones y una excesiva laxitud en la redacción del RSCE en cuestiones tales como:

* La propia denominación de SCE que se impone hacia el futuro para las Cooperativas que accedan a esta calificación, pero no hacia el pasado respecto de otras entidades con dicha denominación.

* La admisión de distintas formas de constitución que no se detallan después suficientemente. Así, en el caso de constitución originaria, el RSCE no exige que los fundadores permanezcan en la Cooperativa; también por lo que se refiere a la imprecisión respecto del número de personas jurídicas miembros de la SCE.

* Se acepta la participación en la SCE de entidades con administración central fuera de la comunidad sujetas a ciertas condiciones.

* Se echa de menos la referencia a instancias judiciales en algunos puntos como los recursos de los socios o la disolución de la SCE.

* No parece adecuada la referencia a las normas de SA; habría sido deseable una mera remisión a las normas cooperativas en cada Estado miembro. En materias como el Registro, esencial para la adquisición de personalidad jurídica de la SCE, esto se manifiesta especialmente. No obstante, es cierto que el Derecho comunitario acude a las normas de sociedades anónimas porque en ellas ya existe uniformidad.

* El RSCE no se ocupa de las ayudas fiscales por lo que cada Estado miembro se ocupará de ella, dentro de los límites marcados por la UE. Debe plantearse en que lugar quedan las ayudas estatales a las Cooperativas en ordenamientos como el nuestro, teniendo en cuenta la diversidad de regímenes jurídicos de los países de la Unión Europea. La Cooperativa precisa apoyo y promoción sobre la base de su estructura y funcionamiento, y éste es uno de los fundamentos de la normativa específica del RSCE.

* El legislador comunitario tiene claros los principios cooperativos: capital variable, actividad con los socios como regla, un hombre un voto, admitiendo el voto ponderado con límites... y por ello regula de forma separada la materia cooperativa, pero quizá debería incorporarlos expresamente al texto o remitirse a ellos.

* Es evidente que el Estatuto de la SCE a largo plazo puede contribuir a cierta armonización de legislaciones en los aspectos que él mismo regula expresamente, no así en los que deja en manos de los Estatutos de la SCE o de los Estados miembros.

* Por último, y como conclusión general, es importante destacar que la primera tarea que deben afrontar nuestras Cooperativas para acceder a la categoría de SCE consiste en el estudio de las reglas aplicables. Ello no puede ser sino criticado; no contribuye al desarrollo de un Estatuto facultativo la complejidad excesiva en la normativa aplicable.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO SÁNCHEZ, R: “*La Sociedad Cooperativa Europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo*”. Noticias de la Unión Europea, núm. 252, 2006, pág. 19 a 34.
- ALONSO ESPINOSA, F.J (coord.), ALFONSO SÁNCHEZ, R; BORAJABAD GONZALO, P; CORONADO FERNÁNDEZ, F; DE LA VEGA GARCÍA F.L; ESCOLANO NAVARRO, J; LÁZARO SÁNCHEZ, E.J; LLOBREGAT HURTADO, M.L; NIETO SÁNCHEZ, J; PASTOR SEMPERE, C; SÁNCHEZ RUIZ, M: *La Sociedad Cooperativa en la Ley 27/1999 de 16 de julio de cooperativas*. Comares, Granada 2001.
- ALONSO SOTO, F: *Estatuto de la sociedad cooperativa europea*. Rev. Crédito cooperativo n. 44, 1990, p. 7-30.
- ALONSO SOTO, F: *Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en “Las Cooperativas en Iberoamérica y España. Realidad y legislación”*. Publicaciones Universidad de Ávila 2003, pág. 347 a 353.
- BARAHONA RIBER, A: “*Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea y programa plurianual: actualidad y perspectivas*” en “Contribución de las Cooperativas, mutualidades y asociaciones a la consolidación del bienestar social y al crecimiento del empleo”. V Conferencia Europea de Economía Social. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Sevilla 1995, pág. 221-223.
- BOQUERA MATARREDONDA, J: “*Sociedad Anónima Europea con domicilio en España*”. Noticias de la Unión Europea, núm. 252, 2006, pág. 35 a 56.
- BUENDÍA MARTÍNEZ, I: “*Tendencias cooperativas europeas: el desarrollo local y la desmutualización*” en *Las empresas de participación en Europa: el reto del siglo XXI*, Madrid: UCM 2002, pág. 34 a 46.
- DABORMIDA, R: “*El Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea*”. CIRIEC, Rev. Economía pública n. 13, 1993, p. 29.
- DABORMIDA, R: “*El Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea: evolución, actualidad y perspectivas*”. CIRIEC, Rev. Economía pública n. 17, 1994, p. 121 a 145.
- “*Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la identidad cooperativa. Los principios cooperativos*”. ACI, INFES, COCETA, 1996.
- DIAZ-AMBRONA BARDAJÍ, MD; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, MD; POUS DE LA FLOR, MP, TEJEDOR MUÑOZ, L: *Derecho comunitario*. Madrid. Colex, 2004.
- EMBIID IRUJO, J.M “*Aproximación al Derecho de Sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de Acción*”. Noticias de la Unión Europea, núm. 252, 2006, pág. 5 a 15.
- ESTEBAN VELASCO, G: *El compromiso de Niza: por fin la Sociedad Europea*. Rev. Derecho Sociedades, n. 16, 2001, pág. 141 a 162.

- ESTEBAN VELASCO, G Y FERNÁNDEZ DEL POZO, L (coord.), ALONSO LEDESMA, C; ALONSO UREBA, A; CASAS BAAMONDE, M.E; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L; GUERRA MARTÍN, G; HERRERA MOLINA, P; LEÓN SAN, F.J; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J; QUIJANO GONZÁLEZ, J; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F; SÁNCHEZ RUS, H, SEQUEIRA MARTÍN, A; VALDÉS DAL-RÉ, F; VASQUEZ, F; VELASCO SAN PEDRO, L: *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*. Marcial Pons, Colegio Registradores de la Propiedad de España, Barcelona 2004.
- FAJARDO GARCÍA, G: "*La armonización de la legislación cooperativa en los países de la Comunidad Europea*". CIRIEC, Rev. Economía pública n. 17, 1994, p. 39 a 119.
- FONT GALÁN, J.I y PINO ABAD, M: "*La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (sólo) jurídica del concepto legal de sociedad*". Rev. Derecho Mercantil, n. 239, enero-marzo, 2001, p. 1 a 95.
- GASCÓN HERNÁNDEZ, P.J: "*Algunas reflexiones sobre la Economía Social y el Espacio Social Europeo*". REVESCO, n. 59, 1991, p. 9 a 58.
- GUILLEM CARRAU, J: "*La Sociedad Cooperativa Europea*". Revista valenciana d'estudis autonòmics, núm. 25, 2001, pág. 81 a 100.
- La législation en vigueur dans les pays de la Communauté européenne en matière de entreprises coopératives dans la perspective du marché commun*. CECA-CEE-CEEA. Document Commission des Communautés européennes, Bruxelles 1993 (Istituto Italiano di Studi cooperativi "Luigi Luzzatti", mai 1992).
- LAMBEA RUEDA, A: "*La Sociedad Cooperativa Europea: el Reglamento 1435/2003 de 22 de julio*". Revista de Derecho Privado, mayo-junio 2004.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, F.J: "*La sociedad cooperativa europea: más cerca*" en *Las empresas de participación en Europa: el reto del siglo XXI*. Madrid, UCM 2002, pág. 101 a 116.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, F.J: "*Primera aproximación al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea*". REVESCO, n. 80, 2003, pág. 61 a 106 y Revista de Estudios Europeos (REE), nº. 36, 2004, pág. 3-37.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, F.J: Directiva y Reglamento sobre la Sociedad Cooperativa Europea. Introducción". En: Rev. Derecho de Sociedades, n. 21, 2003-2, pág. 347-350.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, F.J; en MOYANO FUENTES, J (coord.); GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C; GARCÍA MARTÍ, E; ITURRIOZ DEL CAMPO, J; MARTÍNEZ SEGOVIA, F.J; MOZAS MORAL, A; PRIETO JUÁREZ, J.A; VARGAS SÁNCHEZ, A.: *La Sociedad Cooperativa: Un análisis de sus características societarias y empresariales*. Univ. Jaén, Caja Rural Jaén, 2001.
- MINONDO SANZ, J: "*El nuevo Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea*" en "*Las Cooperativas en Iberoamérica y España. Realidad y legislación*". Publicaciones Universidad de Ávila 2003, pág. 331 a 346.

- MINONDO SANZ, J: "*El nuevo Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea*". CIRIEC Rev. Economía pública n. 41, 2002, pág. 9-23.
- MONTOLÍO, JM : *Legislación cooperativa en la Comunidad Europea*. INFES, Madrid 1993.
- MONTOLÍO, JM : *Legislación cooperativa en la Comunidad Europea*. INFES, Madrid 2001.
- MONTOLÍO, JM: "*Repercusiones en España del proyectado Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea*". CIRIEC Rev. Economía pública n.17, 1994, pág. 147-170.
- PASTOR SEMPERE, C: "*La sociedad cooperativa europea*". REVESCO, n. 74, 2001, p. 190.
- PASTOR SEMPERE, C: "*Empresa cooperativa y modelo constitucional: una aproximación*". Rev. Derecho Sociedades, n. 16, 2001, pág. 191 a 214.
- PASTOR SEMPERE, C; CANO LÓPEZ, A: "*Mutualidad y nuevo derecho cooperativo europeo: un apunte sobre la "desmutualización" de la sociedad cooperativa*" en *Las empresas de participación en Europa: el reto del siglo XXI*, Madrid, UCM 2002, p. 117 a 127. PAZ CANALEJO, N: "*Armonización del Derecho cooperativo Europeo*". REVESCO, n. 59, 1991, p. 59 a 83.
- DE LA ROCHA GARCÍA, E: *Las sociedades cooperativas según la nueva Ley 2//1999 de 16 de julio*. Comares, Granada 2001.
- SANTIAGO REDONDO, K: "*La nueva regulación italiana en materia de cooperativas.*" Rev. Relaciones Laborales, n. 7, 1993, p. 72 y ss.
- PANIAGUA ZURERA, M: *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*. Madrid. Mc Graw-Hill, 1997.
- SAGASTI AURREKOETXEA, JJ: "*La constitución de la "societas europaea-se"*". Rev. Derecho Sociedades, n. 19, 2002, pág. 115 a 157.
- SANZ JARQUE, J.J; SALINAS RAMOS, F. (coord.): "*Las Cooperativas en Iberoamérica y España. Realidad y legislación.*". Publicaciones Universidad Católica de Ávila. 2002.
- VELASCO SAN PEDRO, LA; SÁNCHEZ FELIPE, JM: "*La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE*" Rev. Derecho Sociedades, n. 19, 2002, pág. 15 a 37.

ALGUNOS PROBLEMAS DE NULIDAD Y EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL COOPERATIVO*

José Luis Argudo Périz

Profesor Titular de Derecho Civil
Escuela Universitaria de Estudios Sociales
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

En este trabajo se parte de la configuración del convenio arbitral en la Ley de Arbitraje de 2003, para tratar de comprobar los tipos de invalidez que le afectan, especialmente cuando se incluye como cláusula arbitral en los Estatutos de Sociedades Cooperativas y su repercusión en este arbitraje especial, contemplado en la legislación estatal y autonómica de cooperativas.

Se estudia en particular la litigiosidad, a través de sentencias recientes de distintos Tribunales, que han originado los convenios arbitrales cooperativos, y algunas de las materias conexas o que son su objeto.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje, cooperativas, convenio arbitral, contratos, invalidez, conflictos.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Validez de actos jurídicos en Derecho Privado», SEJ 200505790/JURI, cuyo investigador principal es el catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Dr. D. Jesús Delgado Echeverría.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe en unas breves líneas intentar hacer siquiera una breve historia legislativa del arbitraje cooperativo, tarea que afortunadamente ha sido ya realizada en gran medida¹, por lo que me ceñiré a indicar que dicho desarrollo legislativo ha sido especialmente accidentado. En la actualidad este «medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)»², está contemplado en la Disposición Adicional Décima de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas³ que representa una garantía constitucional con relación a las competencias estatales en materia de arbitraje, ya que, incomprensiblemente, el arbitraje cooperativo ha quedado excluido de la mención de los arbitrajes especiales que realiza la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, aunque sus normas son supletorias para el arbitraje cooperativo (art. 1.3 LA).

Por otro lado, el fracaso del Consejo Superior del Cooperativismo creado por la Ley General de Cooperativas de 1987 (arts. 162 y 163), además de producir algunas situaciones anómalas, ya que desapareció legalmente en 1990 pero nunca llegó a existir⁴, dejó en manos de la emergente legislación autonómica legislativa la decisión

1. MUÑOZ VIDAL, Antonio B., *El arbitraje cooperativo*, Murcia, Caja Rural de Murcia, 1978. Trabajos más recientes son TRUJILLO DÍEZ, Iván J., “El arbitraje cooperativo: régimen legal y otras cuestiones”, en *Estudios Jurídicos sobre Economía Social*, Madrid, GEZKI- Marcial Pons, 2002, pp. 157-186. Reeditado en *Revista Vasca de Economía Social*, nº 1 (2005), pp. 13-43; MARTÍ MIRAVALLS, J., “El Arbitraje Cooperativo en la Legislación Española”, en *Boletín de Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, nº 39 (2005), pp. 33-91; y MERINO HERNÁNDEZ, S., RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, M. P., y SAN JOSÉ MARTÍNEZ, F., *Manual de Arbitraje Cooperativo Vasco*, Vitoria. Consejo Suprior de Cooperativas de Euskadi, 2001.

2. STS 176/1996, de 11 de noviembre, citada por la STC 9/2005, de 17 de enero (RTC 2005/9).

3. «1. Las discrepancias o controversias que puedan plantearse en las cooperativas, entre el Consejo Rector o los apoderados, el Comité de Recursos y los socios, incluso en el período de liquidación, podrán ser sometidas a arbitraje de derecho regulado por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, no obstante, si la disputa afectase principalmente a los principios cooperativos podrá acudirse al arbitraje de equidad.

2. Dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos sociales, no quedan excluidas de la posibilidad anterior ni las pretensiones de nulidad de la Asamblea General, ni la impugnación de acuerdos asamblearios o rectores; pero el árbitro no podrá pronunciarse sobre aquellos extremos que, en su caso, estén fuera del poder de disposición de las partes.»

4. «En efecto, y como recoge la disp. final de los estatutos de la Cooperativa demandada, aprobados el 9-7-1958, se prevé la sumisión, respecto de las reclamaciones como la discutida en los autos de los que dimana el presente rollo, al arbitraje del Consejo Superior de la Obra Sindical “Cooperación” (sic), al que se refería el art. 162 de la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas (de carácter supletorio de la normativa propia de las Comunidades Autónomas, y si bien respecto de Galicia, el RD 2412/1982, de 24 de julio, procedió a la transferencia en materia de Cooperativas, sin embargo no se procedió a la elaboración de una Ley vigente al respecto). Pero este artículo fue derogado por el 98 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, que crea, en sustitución del Consejo Superior del Cooperativismo al que se refería y que ocupaba el lugar dejado el relativo a la Obra Sindical, el Instituto Nacional de Fomento de la Economía Social, al tiempo que suprime el art. 163, sobre conciliación y arbi-

de diseñar los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos apropiados para el sector cooperativo de cada territorio autonómico. La opción mayoritaria, entre confiarlos a las asociaciones cooperativas o a las instituciones autonómicas encargadas de la promoción del cooperativismo, fue la de crear Consejos Autonómicos de Cooperativismo, de naturaleza administrativa, a los que se les encomendó estas funciones, lo que ha permitido asentar y dotar de medios a los servicios institucionales de arbitraje cooperativo.

No todas las Comunidades Autónomas han desarrollado estos servicios, por lo que muchas cooperativas no tienen la posibilidad de someter sus conflictos a una arbitraje institucional cooperativo, y en los que existe, el proceso de modificación estatutaria para incluir cláusulas de sumisión al arbitraje cooperativo ha sido lento, mientras otras Comunidades Autónomas están desarrollando otros métodos de resolución alternativa de conflictos, como la conciliación y mediación. El País Vasco ha sido la Comunidad pionera en desarrollo del arbitraje cooperativo, y ahora de los nuevos sistemas alternativos, y sus normas pueden servir de referencia para determinar los sujetos y las controversias sometidas a arbitraje cooperativo.⁵

Las profesoras SAMANES y GASPAS afirman que el contrato de arbitraje será inválido o nulo de pleno derecho si no se ha formalizado voluntariamente por las partes del conflicto, si no existiese entre ambas una cuestión litigiosa o, en fin, si no

traje cooperativo. Por consiguiente, si bien existe la sumisión al arbitraje, justificada por la normativa vigente al tiempo de la constitución de la Cooperativa, al no existir el organismo arbitral, ha de estarse necesariamente, a lo previsto en el artículo 38.2 de la ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, que señala que "no procederá la formalización judicial del arbitraje si los árbitros hubiesen sido directamente designados por las partes y todos o alguno de ellos no aceptasen o se imposibilitasen para emitir el laudo o si la corporación o asociación a la que se encomendó la administración del arbitraje no aceptase el encargo. En estos casos, salvo que las partes lleguen a un acuerdo, quedará expedida la vía judicial para la resolución de la controversia"; a estos supuestos, y por idéntica razón, hay que añadir la inexistencia del ente designado como árbitro, en razón a la imposibilidad que genera (no puede olvidarse que donde existe la misma razón, idéntica ha de ser la norma aplicable). Y ante la falta de acuerdo entre las partes, está abierta la vía judicial.» SAP de Orense (Sala 1ª) de 6 de junio de 1994 (TOL 189863).

5. La Ley 4/1993, de 24 de junio de Cooperativas de Euskadi señala en su artículo 145.2.f), que corresponde al Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi: «Intervenir por vía del arbitraje en las cuestiones litigiosas que se susciten entre las cooperativas, entre éstas y sus socios, o en el seno de las mismas entre sus socios, cuando ambas partes lo soliciten o estén obligadas a ello a tenor de sus Estatutos, Reglamento Interno o por cláusula compromisoria. En todo caso la cuestión litigiosa debe recaer sobre materia de libre disposición por las partes conforme a derecho y afectar primordialmente a la interpretación y aplicación de principios, normas, costumbres y usos de naturaleza cooperativa».

El Reglamento sobre procedimientos de resolución de conflictos de las cooperativas vascas aprobado por el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi el 15 de julio de 2004 (BOPV 21 de septiembre de 2004), establece que el Servicio Vasco de Resolución Extrajudicial de Conflictos en Cooperativas –Bitartu- establece en su art. 3 que «conocerá de las cuestiones litigiosas que se susciten entre las cooperativas, entre éstas – o sus diferentes órganos sociales- y sus socios, o en el seno de las mismas entre sus diferentes órganos sociales o entre los socios», y que el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se susciten entre los socios «se limitará a las que se deriven de la actividad cooperativa, excluyéndose cualesquiera otras que pudieran constituir relaciones particulares entre los mismos».

se tiene de él constancia documental de su celebración⁶, y a estas cuestiones en el ámbito cooperativo dedicamos las siguientes líneas, contemplando especialmente aquellos conflictos que han tenido un especial importancia o reiteración en las sentencias de los Tribunales, aunque en algunas ocasiones nos hagan desbordar los límites iniciales de este trabajo.

II. CONVENIO ARBITRAL Y VOLUNTAD DE SOMETIMIENTO AL ARBITRAJE

Partiendo de la formalización voluntaria del convenio arbitral por las partes en conflicto, TRUJILLO y MARTÍ⁷, han estudiado con detalle la forma del convenio arbitral cooperativo, que puede concertarse por tres vías: a) mediante pacto individual y concreto de los litigantes; b) mediante la intermediación de la institución de administración del arbitraje; y c) a través de la cláusula arbitral en algún instrumento de expresión de la voluntad societaria, especialmente en los Estatutos de la sociedad cooperativa.

Como son los Estatutos el medio más habitual de integrar la cláusula, generalmente, o el convenio arbitral para someterse al arbitraje de la institución arbitral cooperativa, es recomendable seguir el criterio que indica TRUJILLO⁸ de que las cláusulas estatutarias de arbitraje se formulen de forma amplia, que permitan recoger genéricamente todas las materias susceptibles de arbitraje cooperativo vinculadas materialmente con la relación societaria⁹.

Esta forma de determinar las «cuestiones», contemplada de forma amplia y genérica por la disposición final primera de los estatutos de una cooperativa agraria valenciana, ya que se refería «nada menos que a cuanta interpretación se efectúe en relación con los Estatutos o con motivo de los actos y contratos que celebre la cooperativa

6. SAMANES ARA, C. y GASPAR LERA, S. «La anulación del laudo arbitral en la ley de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje», *nulidad*, NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos (<http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=93>), p. 4.. Publicado también en *Revista del Poder Judicial*, nº 75 (2004), pp. 183-224.

7. MARTÍ MIRALLES, J., «Convenio arbitral y conflictos cooperativos», en *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 16 (2005), pp. 81-100

8. TRUJILLO, I., «El arbitraje...», *op. cit.*, pp. 38-9

9. En el mismo sentido, CARAZO LIÉBANA, M. J., *El arbitraje societario*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 46: «En el arbitraje societario es habitual la inclusión en los estatutos de una cláusula amplia sin concreción de los litigios arbitrales. Tal formulación no debe considerarse vaga o imprecisa. Por el contrario, la consideramos como la fórmula más idónea por albergar todos los litigios susceptibles de surgir en el marco de las relaciones societarias que afectan a Derechos disponibles».

con sus socios y asociados», permitió que la SAP de Valencia de 6 de noviembre de 2000 (JUR 2001\92157) revocase la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y aceptase la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje alegada por la socia apelante y rechazada por la representación de la Cooperativa, para las dos cuestiones litigiosas planteadas, habiendo incluso sobre una de ellas (reclamación de cantidad de la cooperativa a la socia) resuelto la sentencia de instancia a favor de la cooperativa. Y la exigencia de una detallada concreción objetiva «se torna excesiva, pues al determinar qué concretas controversias se han de entender sujetas y cuáles excluidas del arbitraje supondría tener que llevar a cabo un recorrido por todo el Derecho de sociedades para ir casuísticamente incluyendo y excluyendo uno u otros supuestos, con el evidente riesgo de no agotarlas» (Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 19 de febrero de 1998 [RJ 1998\1118]).

Los otros medios de incluir un convenio arbitral de sometimiento a arbitraje pueden ser un acuerdo parasocial, que sólo obliga a los cooperativistas que lo hubieran otorgado o consentido, del mismo modo que un acuerdo de la Asamblea General para la sumisión singular a arbitraje de la propia cooperativa y para un litigio concreto, aunque es más frecuente que se incluya en el Reglamento de Régimen Interno, como norma de desarrollo estatutaria.

Superados ya algunos problemas que la arbitrabilidad de las cuestiones societarias suscitaban, con la RDGRN de 19 de febrero de 1998 y la STS de 18 de abril de 1998 (RJ 1998,2984), y aclarada la vinculación de los socios presentes y futuros al compromiso arbitral, ya que las relaciones societarias son relaciones jurídicas duraderas, todavía encontramos sentencias que ponen en entredicho la vinculación de los socios de las cooperativas al convenio arbitral aprobado estatutariamente, o dudan de que exista una voluntad de los socios de someterse al arbitraje cooperativo.

Tal es el caso de las SS AP de Valencia de 10 de junio de 2002 y de AP de Alicante de 12 de noviembre de 2002, que interpretan que como la Ley valenciana de Cooperativas vigente (Decreto Legislativo 1/1998, de 23 de julio) en su art. 18.2 permitía someter el acuerdo a arbitraje cooperativo o bien impugnarlo por vía jurisdiccional, generaba una opción a elegir una u otra vía a pesar de la vinculación estatutaria al arbitraje. Como bien señala MARTÍ, la opción la realiza el socio al incorporarse a la cooperativa y aceptar íntegramente sus estatutos¹⁰.

Mas preocupante es que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en dos sentencias de 13 de diciembre de 2004 (RJ 2005\759) y 20 de diciembre de 2004 ((RJ 2005\763), en recursos de casación para unificación de doctrina instados por una Cooperativa de Trabajo Asociado, motivados por la baja obligatoria y consecuente despido de una socia-trabajadora, establezca que

«...los Estatutos de la Cooperativa son una forma de contrato de adhesión. El socio que pretende ingresar en la Cooperativa tiene que aceptar el texto de su esta-

10. MARTÍ, "Convenio...", *op. cit.*, pp. 96-7.

tuto, sin que le sea dado a negociar su contenido. Debe aceptar lo que hay. Y en el artículo 43 ya referido no sólo se impone el arbitraje, sino el que también haya de ser de equidad y resuelto precisamente por tres árbitros designados por una de las partes, mandato en abierta contradicción con el artículo 15 de la Ley de Arbitraje que exige que en el nombramiento de los árbitros se respete el principio de igualdad. Tales imposiciones de los Estatutos, no negociables, permiten el acceso al arbitraje siempre que, surgida la controversia, ambas partes decidan someterse a ese preciso modo de resolución, pero en modo alguno puede estimarse que supone el voluntario y anticipado sometimiento al procedimiento arbitral por el mero hecho de ser socio de la cooperativa. Téngase en cuenta que, según dispone el artículo 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998\960), reguladora de las condiciones generales de la contratación, «no quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato.».. Conjunto de normas que no permiten concluir haya sido voluntad común de las partes aceptar el procedimiento arbitral en los términos que se desprenden del art. 43 de los Estatuto de la demandada».

El conocimiento de la Sala de lo Social viene atribuido por la competencia de la jurisdicción laboral para resolver los conflictos socio-laborales en la Cooperativas de Trabajo Asociado (art. 2.ª Ley de Procedimiento Laboral). Y la Ley de Arbitraje de 2003 prevé en su art. 9.2 que «si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato». Pero los Estatutos de una Cooperativa, o de otra cualquiera forma de sociedad no son una forma de contrato de adhesión.

Esta cuestión la estudió CARAZO¹¹ y rechaza esta posibilidad basándose en que el contrato de sociedad es un contrato asociativo de organización y colaboración, que escapan a los estrechos límites de la relatividad contractual, mientras que en los contratos de adhesión apenas cabe hablar de libertad contractual. La Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación excluye ciertos contratos (art. 4), como los de constitución de sociedades, y la Directiva comunitaria de 5 de abril de 1993 que se transpone en esta Ley, excluía los contratos relativos a «la constitución y estatutos de sociedades»

Por otra parte, la obligación de la constancia escrita de la cláusula o convenio arbitral inserto en los estatutos permite su conocimiento por los socios, de igual modo que la publicidad registral de los mismos, y en definitiva la posición de los socios en la sociedad no es estructuralmente de desequilibrio o desigualdad.

La socia-trabajadora demandante había sido presidenta de la Cooperativa, por lo que no se le puede presumir ignorancia del funcionamiento de la Cooperativa y de

11. CARAZO LIÉBANA, *op. cit.*, pp. 102-107.

sus estatutos, pero sí merece reparo el sistema arbitral instaurado, que era un arbitraje *ad hoc* -no institucional- y de equidad, siendo los árbitros tres personas designadas por la propia Cooperativa en sus Juntas. Hubiera sido posible igualmente alegar que no había igualdad en la designación de los árbitros (art. 15 L.A), y la preferencia por el arbitraje de derecho establecido por la Ley estatal pone en duda que en este caso nos encontremos con una «autorización expresa» para que pueda ser de equidad (art. 34.1 LA).

En definitiva, siguiendo a GETE-ALONSO, el convenio arbitral es un negocio propio que cuando toma como objeto una relación jurídica determinada queda ligado de forma necesaria a la misma, y por ello puede aparecer documentalmente como una cláusula unida al contrato para el que se prevé, de forma directa, la posible resolución de los conflictos, pero también se puede pactar de forma independiente, aunque venga referido a determinadas relaciones jurídica, con forma contractual y no como simple cláusula¹².

Por la relevancia que tienen en la posible invalidez e ineficacia del convenio arbitral cabe enumerar aquí los motivos por los que podrá ser anulado el laudo arbitral, que son los siguientes (art. 41.1 LA):

- «a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
- b) Que no ha sido debidamente notificada¹³ de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón hacer valer sus derechos.
- c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
- d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
- e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
- f) Que el laudo es contrario al orden público.»

Comparando con la Ley de Arbitraje de 1988, que es la norma de aplicación en la mayoría de las sentencias a las que hacemos referencia, el art. 45 –que contaba con cinco apartados- señalaba que el laudo sólo podía anularse en el caso de que el «convenio arbitral fuese nulo» (ap. 1º), sin distinguir entre inexistencia e invalidez, o fuese contrario al orden público (ap. 5º): Que los árbitros resolvieran sobre «puntos» no sometidos a su decisión o no susceptibles de arbitraje, eran motivos que se agrupaban en el apartado cuarto, que añadía: «en estos casos la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal», que la nueva Ley de 2003 –art. 41.3- interpreta en el sentido que «la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no

12. GETE-ALONSO Y CALERA. C., "La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje", *La Ley*, 1990-2, pp. 1041-2.

13. A la parte que solicita la anulación.

sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás».

Y el apartado segundo se contemplaban los motivos de anulación referentes al nombramiento de árbitros y al desarrollo de la actuación arbitral, por no haberse «observado las formalidades y principios esenciales establecidos en esta ley», que guardan semejanza con los motivos b) y d) del art. 41.1 LA 2003, ya que son también errores *in procedendo*, bien por falta de notificaciones en el arbitraje, o no ajustarse a la norma arbitral en la designación de árbitros o en el procedimiento arbitral¹⁴.

III. INEXISTENCIA E INEFICACIA DEL CONVENIO

La falta de constancia documental del convenio arbitral parece una causa adecuada para contemplar su inexistencia, alegándola en la acción de anulación del laudo, y considerarla de forma independiente a la invalidez del mismo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, precisamente, es nulo todo convenio del que no se tenga esa constancia documental¹⁵. La Ley de Arbitraje exige que el convenio arbitral conste, a través de los diferentes y amplios medios que permite, por escrito (art. 9.3), y faltando este requisito, parece razonable que el convenio arbitral sea inválido por ser nulo de pleno derecho.

Otra cuestión es que el convenio tenga una base documental escrita, existe documentalmente, pero no pueda ser aplicado a una determinada controversia, que puede provenir de que esa cuestión no pueda ser decidida por los árbitros, no esté sujeta a arbitraje, o no tenga eficacia obligacional respecto a las partes en conflicto, por no existir convenio arbitral vinculante previamente al planteamiento de la controversia.

El art.5.1 de la Ley de Arbitraje de 1988 contemplaba que el convenio arbitral podía someter la solución de las cuestiones «surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas», y en la Ley vigente de Arbitraje el art. 9.1 utiliza una expresión similar respecto a las controversias que pueden someterse a arbitraje mediante el correspondiente convenio arbitral. La misma Exposición de Motivos de la Ley de 1988 manifestaba el progreso que representaba respecto a la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953 al poder tener por objeto el convenio arbi-

14. LORCA NAVARRETE, Antonio M^º, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, p. 371.

15. SAMANES ARA, C. y GASPAR LERA, S. «La anulación del laudo arbitral en la ley de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje», *nulidad, NUL*. Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos (<http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=93>), p. 4.

tral cuestiones presentes o futuras, superando «la relativa ineficacia de la cláusula compromisorio o contrato preliminar de arbitraje, que solía estipularse antes del nacimiento real de la controversia entre las partes, obligando quizá por la misma naturaleza de las cosas a exigir su formalización judicial cuando la controversia ya estaba presente entre las partes».

Pero en la legislación autonómica cooperativa valenciana, en la que se apoyan dos sentencias que posteriormente analizamos, tanto el Real Decreto Legislativo 1/1998, de 23 de junio (art. 111.1.b), como la actual Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana (art. 123.1.b), establecen que «será preciso que las partes en conflicto se hayan obligado previamente mediante convenio arbitral, en virtud de cláusula inserta en los estatutos sociales de las cooperativas o fuera de éstos», para poder acudir a los servicios de arbitraje del Consejo Valenciano del Cooperativismo, requisito necesario para atribuir competencia a esta institución autonómica cooperativa para dictar el laudo arbitral, y no a otros árbitros, o instituciones o asociaciones arbitrales.

Esta obligación previa a la controversia de inserción de la cláusula arbitral, habitualmente en los estatutos sociales de la cooperativa, de sometimiento al procedimiento arbitral, encomendado a la institución autonómica arbitral cooperativa, ha generado los últimos años una cierta actividad en las cooperativas valencianas para adaptar, mediante adopción del correspondiente acuerdo de la Asamblea General, sus estatutos a la nueva legislación autonómica, incluyendo la cláusula arbitral. Y la cuestión de la aplicación del convenio arbitral se plantea respecto de los acuerdos de la misma Asamblea, que incluye entre sus puntos del orden del día tanto la adaptación estatutaria y otro tipo de decisiones, como la medida sancionadora de expulsión de un socio.

Este es el supuesto contemplado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 6ª) de 12 de noviembre de 2002¹⁶ (RJ 2003\53355), revocando la anterior sentencia de acogimiento de la declinatoria de sometimiento a arbitraje, ya que el acuerdo de expulsión de dos socios se tomó antes de la aprobación de la reforma estatutaria, «lo que supone que no habiendo sido aprobada en tal momento la referida reforma estatutaria –en la que se acuerda la inclusión de la cláusula arbitral- la misma como no existente, no podía desplegar efecto alguno con relación a las posibilidades de impugnación de los acuerdos de expulsión ya consumados, y además ejecutivos desde ese mismo momento¹⁷».

Y la Audiencia Provincial de Castellón, por Auto de 15 de octubre de 2004 (TOL 560985), resolviendo también el recurso por la declinatoria admitida previamente, motivado en su inicio por la solicitud de nulidad de la convocatoria, constitución y celebración de la Asamblea General ordinaria de la cooperativa demandada, en la

16. Comentada por Jaume MARTÍ MIRAVALLS, "Convenio...", *op. cit.*, pp. 98-9.

17. Añádase que la reforma estatutaria no obtuvo la correspondiente autorización administrativa del Instituto Valenciano de Finanzas, exigida por la legislación autonómica, hasta fechas muy posteriores.

que se aprobó la adaptación estatutaria a la nueva Ley valenciana de cooperativas. Aunque este acuerdo no se suspendió cautelarmente, la adaptación estatutaria no se plasmó en un Acta hasta un mes después de celebración de la Asamblea, incluyendo en su art. 69 el convenio arbitral, por lo que «resulta evidente que cuando surge la controversia (pretensión de nulidad de la junta y acuerdos alcanzados) las partes no se habían obligado anteriormente o con carácter previo por convenio arbitral representado por el artículo 69 de los Estatutos (cláusula compromisoria) toda vez que la nulidad se postula también de la misma convocatoria, constitución y celebración de la Junta, es decir, antes de que se alcanzaran los acuerdos aprobatorios de la adaptación estatutaria a la Ley de Cooperativas Valenciana, por lo que no existía ese convenio arbitral previo exigido por la Ley, sin que puedan aplicarse retroactivamente sus efectos».

No era una exigencia en la regulación de las Leyes valencianas de cooperativismo establecer como exigencia la previa existencia de convenio arbitral a la cuestión litigiosa, ya que se someten a la legislación estatal de arbitraje, que lo permite. La norma autonómica es imperativa y persigue la atribución del arbitraje a una determinada institución arbitral autonómica, por lo que, pese a la amplitud que podrían contemplar las cláusulas de sometimiento al arbitraje en los estatutos de las cooperativas, éstas se restringen por las limitaciones que impone el Consejo Valenciano del Cooperativismo para acceder a sus servicios institucionales de arbitraje. En consecuencia, como señala TRUJILLO, “el compromiso de arbitraje acogería solamente la voluntad social expresada a través de su Asamblea General, pero no el consentimiento de la otra parte –esto es, del socio o de la minoría en conflicto con su cooperativa-, por lo que no puede considerarse consentido el convenio arbitral, al menos para esa concreta cuestión litigiosa ya presente en el momento de la adopción del acuerdo”¹⁸.

En los casos citados, el convenio arbitral sustentado en las cláusulas compromisorias de los reformados estatutos sociales no tiene eficacia para vincular a las partes enfrentadas en el conflicto, ya que la relación jurídica que se pretende someter a arbitraje es anterior a la adopción del acuerdo o la formalización de los estatutos comprensivos del convenio arbitral¹⁹. Es en este sentido que ambas sentencias

18. TRUJILLO DÍEZ, Iván J., “El arbitraje...”, *op. cit.*, pág. 32.

19. En sentido contrario, cláusula arbitral en los estatutos de sociedad mercantil (S.A.) modificada por una nueva cláusula de sometimiento a los Tribunales. La cuestión que tiene que dilucidar la SAP de Madrid (sección 21) de 24 de septiembre de 2002 (RJ 2003\22969) es si la cláusula arbitral estaba vigente cuando un socio invocó dicho convenio arbitral para resolver una controversia con la sociedad, decidiendo afirmativamente ya que el requerimiento para someter la cuestión a arbitraje se produjo previamente a la Junta General que aprobó la modificación estatutaria. Comenta la sentencia CARAZO, *op. cit.*, pp. 50-51. Dicha sentencia fue motivo de recurso de amparo que resuelve la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2005 (RTC 2005\9), a la que haremos referencia posteriormente, y reafirma en lo que aquí interesa, el criterio de la Audiencia Provincial de que «la cuestión de la vigencia del convenio arbitral tiene carácter material, afecta a la misma posibilidad de acudir al arbitraje como sistema de composición de controversias y debe resolverse con referencia al momento en que se hace patente la existencia de conflicto entre las partes, lo que sucede cuando una de ellas es requerida extrajudicialmente para la formación del arbitraje».

afirman que el convenio arbitral *no existe*, porque no puede desplegar efecto alguno respecto a los previos acuerdos impugnados, cuando en realidad nos encontramos con un convenio válido y obligatorio para las partes pero ineficaz, ya que no puede obligar a las partes a someter esa determinada controversia a la decisión arbitral, no en razón a la materia, sino del tiempo en que se produjo, y sin que pueda aplicarse de forma retroactiva. Opina MARTÍ que, en los casos contemplados del cooperativismo valenciano, el convenio arbitral podría tener un carácter retroactivo, reuniendo dos requisitos: que el acuerdo asambleario fuese aprobado por unanimidad y mencionase expresamente esta aplicación retroactiva²⁰. No parece encontrarse impedimento a esta posibilidad, partiendo del carácter dispositivo para las partes de los derechos y relaciones jurídicas sometidas a arbitraje (art. 2.1 LA), la amplia autonomía de la voluntad societaria, y, especialmente, que así lo contempla la legislación arbitral estatal, que se refiere a controversias ya existentes o futuras (art. 9.1 L.A)²¹.

IV. NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LAS CONTROVERSIAS

El art. 41.1.a) LA indica que podrá ser anulado el laudo cuando el convenio arbitral «no es válido». Se entiende que se refiere a ambos tipos de invalidez, nulidad de pleno derecho y anulabilidad. En la anterior Ley de Arbitraje de 1988 sólo se contemplaba expresamente un supuesto de nulidad del convenio, el referido a la situación de privilegio de una de las partes en la designación de los árbitros (art. 9.3 LA) En la actual Ley, CORDÓN²² señala, además, las siguientes causas de nulidad del convenio: que las partes carezcan de capacidad o el convenio no tenga por objeto materias sobre las que no tienen libre disposición (art. 2.1); cuando el convenio no tenga forma escrita (art. 9.3); cuando se coloque dentro de un contrato de adhesión y éste sea nulo, de acuerdo con las normas reguladoras de esta modalidad de contratación (art. 9.2); y cuando se fije en él un número de árbitros que no sea impar (art. 12), pero ha de tenerse en cuenta que, como cualquier otro acuerdo comercial, debe quedar sometido a todas las causas que provocan la nulidad de los contratos.

20. MARTÍ MIRAVALLS, "Convenio...", p. 99

21. Aunque nos parece una solución complicada en su aplicación, ya que la regla general es el de las mayorías determinadas por la Ley, y un tanto forzada. Este criterio sigue en definitiva muy de cerca de cierta doctrina jurisprudencial italiana, especialmente la sentencia de la Corte de Casación de 23 de junio de 1941, que exigía unanimidad, o mayoría con el voto favorable del socio afectado, cuando la cuestión controvertida ya hubiera surgido, y sólo la mayoría cuando el conflicto no hubiera surgido todavía. *Cfr.* CARAZO, *op. cit.*, p. 62. En definitiva, se trata de respetar la voluntariedad de la partes y el posible respeto a los derechos de minorías en la sociedad, pero elegir la solución extrajudicial del arbitraje no puede plantearse como un riesgo de menoscabo de los mismos.

22. CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje de Derecho Privado*, *op. cit.*, pp. 265-66.

También el convenio arbitral puede adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente (art. 9.1 LA), y el art. 22.1 declara la autonomía de la cláusula o convenio arbitral respecto a las demás estipulaciones del contrato, por lo que la decisión arbitral de declarar la nulidad del contrato de base no entrañara por sí sola la del convenio arbitral, pero la conclusión de que contrato principal y cláusula arbitral tengan diferentes causas de nulidad y anulabilidad, es una generalización excesiva, ya que pueden comunicarse o afectar a todo el contrato²³.

Hay otra causa de nulidad que se articula también a través del art. 41.1 y origina la nulidad del convenio arbitral, como es que los árbitros resuelvan sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje (letra e), y aunque la Ley sólo dictamine la anulación de los pronunciamientos del laudo referidas a estas cuestiones, si son separables del resto (art. 41.3), determinará también la invalidez de las cláusulas arbitrales que establecían como arbitrables esas relaciones jurídicas, si los árbitros no lo han determinado previamente (art. 22.1). No parece afectar sin embargo al convenio arbitral que los árbitros resuelvan sobre cuestiones no sometidas a su decisión, salvo que sea una concreción de la causa anterior o traiga causa de la insuficiencia y falta de determinación del propio convenio Aunque las partes, art. 6, puedan renunciar tácitamente a las facultades de impugnación al no denunciar, dentro del plazo previsto, la infracción que conozcan «de algún requisito del convenio arbitral», ello no puede llevar a suponer que sea aplicable a los elementos del convenio determinantes de su nulidad.

Vamos, a continuación, a hacer una breve referencia a las controversias que son el objeto del convenio o cláusula arbitral, sobre las que el art. 2.1 sólo establece que han de recaer «sobre materias de libre disposición conforme a derecho», buscando especialmente a través de las planteadas ante los Tribunales aquellas que puedan plantear dudas sobre la susceptibilidad de arbitraje.

En la SAP de Navarra (sección 2ª) de 19 de junio de 2001 (JUR 2001\229165), se decide sobre un recurso de nulidad parcial por una sociedad anónima frente al Laudo arbitral de equidad, por haber resuelto el árbitro sobre una cuestión que no se le había sometido a su decisión (art. 45.4º LA 1988). El sometimiento a arbitraje venía determinado por una de las cláusulas del contrato que vinculaba a la sociedad mercantil con una cooperativa de viviendas, y que se formalizó judicialmente (art. 42. 1 y 2 LA 1988) a instancia de la S.A., delimitando los límites de la controversia amparada por el convenio arbitral que debía ser resuelta mediante laudo de equidad. La sentencia estima que el árbitro no se excedió en sus funciones, pronunciándose sobre cuestiones no sometidas al laudo, ya que «concediendo “menos”²⁴, o, sencili-

23. CORDÓN MORENO, *op. cit.*, pp. 109-10.

24. En este caso, metros cuadrados de locales construidos que la cooperativa debía transmitir a la otra sociedad.

llamente, “no concediendo nada”, -decisión perfectamente posible, en un arbitraje de equidad, debemos apuntar- no se están infringiendo los límites, que puedan derivarse, de la configuración de la “cuestión conflictual”, amparada por el convenio arbitral, y sobre la que el Arbitro ha de resolver en equidad, en este caso».

En la STS (1ª) de 18 de junio de 2002 (RJ 2002\5224), el litigio se había producido por la asistencia a una Asamblea de la Cooperativa de Vivienda como socios de tres personas, que no acreditaron su representación, por lo que contravenían normas imperativas. Alegan los recurrentes la infracción de varios preceptos de la Ley General de Cooperativas de 1987 y la vulneración del art. 6.3 CC. La sentencia estima que la disposición codicial ha de interpretarse con flexibilidad y no puede suponer la sanción de nulidad indiscriminadamente. Clasifica los actos contrarios a la Ley en tres grupos, distinguiendo entre las contravenciones de preceptos específicos legales que impongan la nulidad, de las que, a pesar de ello, la norma ordene su validez, y aquellos que contraríen la Ley sin que ésta formule consecuencias respecto a su validez o nulidad. En estos último es donde el Juzgador ha de extremar la prudencia en la valoración, pudiendo determinar la validez del acto, si la levedad del caso lo permite, o la nulidad del mismo si, especialmente, contraría la ley, la moral o el orden público²⁵. En el caso que reseñamos, concluye que el art. 48. 1. pª 2 LGC 1987 permite la representación del socio por su cónyuge, y era práctica habitual sin ostentar delegación de voto, y los acuerdos fueron tomados por abrumadora mayoría, por lo que la asistencia de tres personas que no eran socios, era una irregularidad sin incidencia en la formación de la voluntad del órgano colegiado.

Los conflictos pueden residenciarse también, a veces de una forma solapada o indirecta, en la aplicación de los principios cooperativos, que no son –según TRUJILLO²⁶- principios generales del Derecho por tener un origen extralegal, pero que “gozan de los efectos que son propios de los principios generales del Derecho, esto es, son susceptibles de aplicación aislada a un tiempo que informan el sector del ordenamiento que viene constituido por el Derecho de Cooperativas”. Tienen un valor normativo directo porque se lo asigna la legislación cooperativa (por ej. art. 1

25. Cita como jurisprudencia las SSTs de 28 junio de 1986 (RJ 1986,4621), 17 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7293) y 29 de octubre de 1990 (RJ 1990,8265). En la sentencia de 28 de febrero de 2002 se recurre en casación justamente por falta de fidelidad a esta jurisprudencia por la Audiencia en un caso en el que se solicitaba la nulidad de los acuerdos de ampliación de capital. El motivo se desestima porque si dichos acuerdos «no se impugnaron dentro de los plazos legalmente establecidos en el art. 52.4 Ley 3/1.987, de 2 de abril, General de Cooperativas [aplicable por fecha de los hechos], los recurrentes no pueden oponer como excepción su nulidad cuando se les exige el cumplimiento de lo acordado, ya se trate de acuerdos contra la Ley, ya de otros acuerdos. Si han dejado caducar la acción, carece de sentido que se trate de aplicar las consecuencias que tradicionalmente se han derivado de la nulidad absoluta por contravención a la ley, cuando el propio legislador no las sigue, pues admite su posibilidad de impugnación en el plazo de caducidad de un año. No ejercitada la acción de nulidad, no es razonable sostener que no producen efectos».

26. TRUJILLO DÍEZ. I., “El valor jurídico de los principios cooperativos. A propósito de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas”, en *RCDI* nº 658 (2000), pp. 1329-60.

Ley de Cooperativas de 1999) y cumplen una función interpretativa del Derecho cooperativo. Bien es verdad que en la práctica los Tribunales no los citan ni los tiene en cuenta, y no se han incorporado a la jurisprudencia de referencia, salvo el principio de igualdad de los socios, que es más bien un principio general del Derecho de Sociedades, y, en alguna ocasión el conocido como de «puertas abiertas», es decir, el de libre adhesión y baja voluntaria de los socios²⁷.

El principio de igualdad como propio de las relaciones mutualistas ha tenido un especial eco en contiendas relativas a cooperativas de viviendas, especialmente por la adjudicación y uso de viviendas, locales o garajes, desde las SSTS de 26 de enero de 1983 (RJ 1983\389) y 20 de marzo de 1986 (RJ 1986\1273), cuya cita reitera la STS 4 junio 1992 (RJ 1992\4994), refiriéndose en todos los casos a la aplicación de la Ley de Cooperativas de 1974 y Reglamento de 1978²⁸. Esta jurisprudencia, que podemos denominar tradicional, ha quedado oculta en el fondo decisorio de los Tribunales, que ahora sólo citan los preceptos de la legislación cooperativa, estatal y autonómica.

Interesante ejemplo de lo anterior es la STS de 5 de abril de 2005 (RJ 2005\3335), en la que el debate de la sentencia se centra en si la adjudicación de las viviendas a los cooperativistas se debe realizar por sorteo o por “baremo”, que tenía en cuenta las aportaciones anticipadas a la cooperativa, la antigüedad del socio y su situación familiar. En los Estatutos originales de la Cooperativa, de los años setenta, se contemplaba este sistema que las sentencias denominan, impropia, como “principios de la cooperativa”, pero la Audiencia consideró el de sorteo como más justo por ser expresión de la igualdad de los socios. El Tribunal Supremo casa la sentencia porque «el criterio de la Audiencia, que no respeta el sistema dicho, y que entiende que es prioritario el de igualdad mediante sorteo, que eleva a categoría fundamental, como principio inderogable, cae por su base, ante esa aceptación e implantación de otro, como el dicho, que no es arbitrario, y que se adopta con criterios también sociales (mayor aportación a las cargas sociales, antigüedad, y mayor beneficio a los miembros de familia con más descendencia)». En realidad, ambas decisiones podrían justificarse en los principios cooperativos de haberse basado la resolución en ellos²⁹,

27. Sin citar, STS de 22 de abril de 2005. Y en otras cuestiones, como los de medidas de exclusión de socios, el Derecho de asociaciones aparece como supletorio, especialmente a través de las sentencias del Tribunal Constitucional. *Vid.* SAP Alicante de 12 de noviembre de 2002 (JUR 2003\53355) y SAP de Huelva (sección 2ª) de 21 de abril de 1998 (AC 1998\887).

28. «...y todo ello sin olvidar el principio de igualdad de derechos que ha de existir entre los socios, en este tipo de empresa mutualista que es la Cooperativa, principio que es rector de su normativa...y que aquí los actores pretenden desconocer, intentando determinadas concesiones en el otorgamiento de sus escrituras, que no aparece se hicieran a los demás socios». STS 4 junio 1992 (RJ 1992\4994).

29. *Vid.*, por ejemplo SSTS de 20 de enero de 1997 (TOL 215146), de 25 de marzo de 2004 (RJ 2004\1714), y de 19 de octubre de 2005.

y la doctrina especializada opina que el criterio decisivo es el de la voluntad de los cooperativas, manifestada democráticamente en acuerdos³⁰.

Otras sentencias, hacen referencia a las relaciones mutualistas entre los socios y la sociedad cooperativa (STS 28 mayo 2002 [RJ 2002\7348]), y la STS de 1 de junio de 2004 (RJ 2004\3681) contempla la violación de normas, entre las que habría que incluir principios, cooperativas si los socios de una cooperativa de servicios conservasen su condición pese a no prestar los servicios exigidos. Tiene esta sentencia un interés añadido, por habilitar los Estatutos un sistema de remisión al Reglamento de Régimen Interior para regular las causas de baja obligatoria de los socios que, como señala PAZ CANALEJO³¹, habría ocasionado problemas de legalidad si se hubiera aplicado la Ley de Cooperativas de 1999, por ser un contenido estatutario que sólo puede ser “desarrollado” por otras normas internas.

V. ORDEN PÚBLICO Y NULIDAD DE ACUERDOS

Respecto al alcance del concepto de orden público en el arbitraje societario, CARAZO³², combinando los arts. 2.1 y 41.1.f) LA, entiende que hay que distinguir dos aspectos: el orden público como concepto excluyente de la arbitrabilidad de ciertas controversias por recaer sobre materias de las que no pueden disponer las partes, y como límite a la decisión de los árbitros que ha de ser respetado en el laudo arbitral.

Ya la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 1988 indicaba que «se ha introducido la posibilidad de anular el laudo cuando éste fuese contrario al orden público, concepto que habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución», que alaba LORCA NAVARRETE por superar “criterios ya obsoletos que crearon situaciones sumamente arbitrarias, mediante la creación de una particular concepción del orden público”³³.

Con ello se logra una aproximación a este concepto jurídico indeterminado basado en el libre ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que evite «la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a los españoles a través, fundamentalmente del art. 24 C.E.»³⁴. Por

30. LAMBEA RUEDA, Ana, *Cooperativas de viviendas*, Granada, Comares, 2001, pp. 404-5. *Vid.* también por la semejanza y proximidad de conflictos en comunidades de propiedad horizontal, Silvia GASPAS LERA, “Sentencia de 25 de enero de 2005”, *CCJC*, nº 70 (2006), pp. 99-114.

31. Narciso PAZ CANALEJO, “Bajas voluntarias y obligatorias de socios cooperadores en la Ley 27/1999”, en *Revista Vasca de Economía Social*, nº (2004), p. 47.

32. CARAZO, *op. cit.*, p. 54.

33. LORCA NAVARRETE, A. M., *Derecho de arbitraje interno e internacional*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 101.

34. STC 43/1986, de 15 de abril (RTC 1986\43).

ello la STC 9/2005 entiende que no son garantías derivadas –con el carácter de derecho fundamental- del art. 24 CE la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el arbitraje, y tienen el carácter de derechos «que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del arbitraje –por medio de motivos de impugnación tasados- concede a quienes consideren que aquellos han sido vulnerados».

La STS (1ª) de 28 de febrero de 2005, aunque no se refiere a arbitraje, valora la posible nulidad de los actos y acuerdos³⁵ de una Cooperativa de librerías de Galicia por ser contrarios al «orden público», lo que suponía también que dichos acuerdos no estaban sometidos al plazo de caducidad en su impugnación establecidos en la Ley General de Cooperativas de 1987. Se desestima la pretensión porque las sentencias citadas por los recurrentes, de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979, «conceptúan el orden público como el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales, e incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada», y no encuentra correlación el Tribunal, «ni con la más febril imaginación», entre los principios citados y las irregularidades que, según los recurrentes, adolecen los acuerdos de la Asamblea de la Cooperativa, que, sin embargo, contradecían las disposiciones de la Ley de Cooperativas de 1987, y quedaban sujetos, por tanto, al régimen de impugnación de acuerdos regulado en la misma.

La regulación de la impugnación de los acuerdos sociales en la Ley General de Cooperativas de 1987 (art. 52) era muy deficiente, y en ella no se mencionaban los acuerdos contrarios al orden público, que sí contempla la Ley 27/1999 (art. 31.3), en sintonía con la Ley de Sociedades Anónimas (art. 116), estableciendo ambas que el plazo para la impugnación de los acuerdos nulos (es decir, los contrarios a la Ley) caducará al año, con excepción de los acuerdos, por su causa o contenido, contrarios al orden público, en cuyo caso la acción para su impugnación se considera imprescriptible. Podría deducirse de la norma que los acuerdos, para contrariar el orden público deberían contrariar también la Ley, pero para CALAZA la distinción entre nulidad por infracción de Ley y nulidad por contravención de orden público es un adecuado remedio contra la inseguridad jurídica “generada por la paradoja resultante del hecho de que ni todos los acuerdos contrarios a la Ley pueden ser tachados de nulos, ni todos los acuerdos, cuyo contenido resulta aparentemente conforme con la Ley, pueden, ello no obstante, ser conceptuados como definitivamente válidos”³⁶.

35. Se citan por los recurrentes, entre las infracciones del régimen de funcionamiento orgánico de la Cooperativa: “la falta de claridad y precisión en los puntos a tratar en las convocatorias, la ausencia de los requisitos formales de publicidad en las mismas, la omisión de la información relativa al carácter obligatorio o voluntario de las ampliaciones, el hecho de que la modificación del orden del día se realice en la propia asamblea, pasando a tratar un asunto distinto para el que fue convocada y sin atender al requisito de la universalidad para su modificación y, por último, el hecho de proceder a sucesivas ampliaciones de capital sin estar suscrito el de las anteriores”.

36. CALAZA LÓPEZ, M. S., *El proceso de formación de la voluntad social de las Sociedades Anónimas y Cooperativas. Vicios de contenido y de procedimiento*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 94.

Si no equiparamos infracción de normas imperativas con contravención del orden público, se entiende que en la sentencia mencionada del Tribunal Supremo se reconduzca el caso a la infracción de los preceptos sobre adopción de acuerdos sociales en la Ley de Cooperativas, por ser de legalidad ordinaria y no afectar a los principios de orden público obligatorios en un lugar y momento determinados, no lesivos de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución. Algunas sentencias, aún con una determinación amplia, acotan un campo de aplicación posible del orden público en el denominado «orden público económico», entendido como el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales concernientes a la organización económica, las relaciones sociales y la economía interna de los contratos, concretándolo en el área de los acuerdos sociales «como protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros», de tal manera que infringirían el orden público los acuerdos, convenios o negocios que atacaran esa protección, siempre que tuvieran la finalidad de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 CE³⁷, restringiendo el concepto respecto a sentencias anteriores que lo aplicaban a cuestiones de carácter más formal³⁸.

Aplicado lo anterior al arbitraje, estamos con CARAZO³⁹, en que si se infringe una norma imperativa el cauce para la anulación del laudo no puede ser la violación del orden público, sino por haber resuelto el árbitro «sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje» (art. 41.1.e LA), ya que si en la resolución de la controversia ha de aplicarse una norma de derecho necesario, ésta debe ser aplicada obligatoriamente por el árbitro, del mismo modo que no puede vulnerar los principios de orden público, pero el orden público no puede determinar con carácter previo la arbitrabilidad o inarbitrabilidad de una determinada controversia, sino en la posterior acción de anulación del laudo (art. 41.1.f)⁴⁰.

Son numerosas las normas de derecho societario imperativo, a veces de mínimos⁴¹, pero ello no debe confundirse, como señala GASPAS LERA⁴², con la disponibilidad o no de los derechos subjetivos reconocidos en las mismas, ya que “lo

37. SSTS de 18 de mayo de 2000 (RJ 2000\3934), 5 de febrero de 2002 (RJ 2002\1600) y 4 de marzo de 2002 (RJ 2002\2421).

38. Por ejemplo, la STS de 21 de octubre de 1994 (RJ 1994\7678), alegada por los recurrentes en el caso mencionado de la cooperativa de librerías, que anuló unos acuerdos adoptados en una Junta Universal de una sociedad a la cual no había asistido uno de los socios, mencionando la sentencia recurrida de la Audiencia que los acuerdos vulneraban así el «orden público corporativo», o la STS de 4 de noviembre de 2002.

39. CARAZO, *op. cit.*, pp. 82-84.

40. Un criterio distinto sostiene LORCA NAVARRETE, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 368-9, que aboga por un concepto de orden público material o sustantivo que permitiera la revisión del fondo jurídico de la decisión de los árbitros, por inaplicabilidad del derecho material o por su mala aplicación.

41. Una de las cuestiones que motiva el recurso de amparo resuelto por la STC 9/2005 es la regulación legal de mínimos de la LSA del derecho de separación del accionista, ampliable por vía estatutaria.

42. GASPAS LERA, S., *El Ámbito de Aplicación del Arbitraje*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 154.

que en su caso se somete a decisión arbitral, no es la aplicación o no de una norma imperativa, sino el pronunciamiento sobre si en el caso concreto esa norma se ha dejado de aplicar o se ha aplicado mal, dando lugar a la vulneración de un derecho subjetivo disponible". La autora cita en su apoyo la STS de 21 de marzo de 1985 (RJ 1985\1193), pero la sentencia del Tribunal Supremo que marca el inicio de un nuevo criterio jurisprudencial, siguiendo la doctrina de la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1998 (RJ 1998\1118), sobre arbitralidad de los acuerdos sociales es la de 18 de abril de 1998 (RJ 1998\2984). El cambio de orientación del Tribunal Supremo se hace sin perjuicio de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no pueden los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo, y se apoya en los siguientes argumentos: «la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de *ius cogens* pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema ni el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se refiere a la jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el art. 118 de la Ley de Sociedades Anónimas que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público como excluyente del arbitraje»⁴³.

Una última cuestión se refiere a la interpretación del orden público como «los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas», y «expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnera»⁴⁴. Aplicado al ámbito cooperativo, cabe recordar que la Disposición Adicional Décima de la Ley 27\1999, de 16 de julio, de Cooperativas, permite acceder al arbitraje de equidad cuando la disputa «afectase principalmente a los principios cooperativos», es decir, a los principios generales del derecho cooperativo. Como ya hemos visto, la opción por el arbitraje de derecho o de equidad no se ha regido, en la mayoría de los casos, en la legislación autonómica cooperativa por esta regla, y la nueva Ley de Arbitraje no establece distinciones en los motivos de anulación del laudo, entre una y otra clase de arbitraje, aplicándolos a las dos, lo que incluye la contravención por el laudo del orden público. En definitiva, como indica TRUJILLO⁴⁵, ambos arbitrajes, tal como vienen regulados en la Ley estatal, son derecho, ya que los principios cooperativos también son normas jurídicas. No cabe determinar, por tanto, un "orden público cooperativo", pero sin duda sería necesario que se tuviese más frecuentemente en cuenta su valor interpretativo de la Ley, en los conflictos y controversias que se resuelven tanto judicial como extrajudicialmente.

43. Doctrina que reitera la STS de 30 de noviembre de 2001 (RJ 2001\9855), citada por STC 9/2005 (RTC 2005\9).

44. STS de 5 de febrero de 2002 (RJ 2002\1600).

45. TRUJILLO, "El arbitraje cooperativo...", *op. cit.*, pp. 36-7.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS NUEVOS TIPOS “COOPERATIVOS” DE VENEZUELA

Alberto García Müller

Profesor de la Universidad de los Andes
amuller@ula.ve

RESUMEN

Este trabajo describe sucintamente la reciente normativa que establece y regula nuevos tipos de entidades cooperativas en Venezuela, a saber: las Cooperativas de Ahorro y Crédito en Vivienda y Hábitat, y los Bancos Comunales Cooperativos. Se elabora un cuadro que permite comparar los elementos jurídicos esenciales de estos tipos jurídicos con los de las cooperativas en general, y se establecen algunas conclusiones.

PALABRAS CLAVE

Ccooperativa, caja, ahorro, crédito, vivienda, ley, asociación.

En los últimos años el Estado venezolano, a la par de haber promovido la creación de numerosísimas cooperativas (se estima que han sido constituidas más de 100.000 desde el año 2002, con una tasa de mortalidad no menor del 80%), ha producido nueva y variada legislación sobre la materia. En el 2001 fue reformada la Ley de Cooperativas de 1975 (para cuyo análisis remitimos a García-Müller, 2002). En el 2005 se establecieron disposiciones sobre Cooperativas de Ahorro y Crédito en Vivienda en la Ley sobre el Régimen Prestacional de Vivienda. En el 2006, se crea la figura de los Bancos Comunales Cooperativos en la Ley de los Consejos Comunales.

A continuación, pasamos a efectuar una breve relación de los aspectos más resalantes del régimen jurídico de cada uno de los nuevos tipos de cooperativas.

I. LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO EN VIVIENDA Y HABITAT

La Ley Sobre el Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat de Venezuela (2005) prevé la constitución, por parte de las personas interesadas en adquirir viviendas con financiamiento del Estado, de Cooperativas de Ahorro y Crédito en Vivienda y Hábitat.

Se trata de una forma de asociación de usuarios del Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat a través de la cual sus asociados consolidan los recursos provenientes del ahorro, tienen acceso a servicios financieros y obtienen créditos hipotecarios para la producción o adquisición de sus viviendas.

Tiene por objeto desarrollar el sistema de las micro finanzas para vivienda y hábitat en los asentamientos humanos, que permitan el desarrollo sostenible de sus comunidades, mediante estrategias específicas aprobadas por sus socios.

Para cumplir con sus objetivos, estas cooperativas, además de constituirse regularmente como cooperativas, de acuerdo a lo establecido en la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas, deben:

1. Evaluar la capacidad de pago de sus asociados, determinar el plan de ahorros de los mismos, y establecer los requerimientos de financiamiento de la solución habitacional de cada asociado de la cooperativa;
2. Elaborar el plan financiero de la cooperativa (proyección de la recaudación y de los desembolsos) y tramitarlo ante la entidad pública especializada;
3. Recibir los ahorros de los asociados y enterarlos en el Fondo de Ahorro Voluntario del Banco, en los términos y condiciones que fije el mismo;
4. Evaluar y seleccionar los beneficiarios de los créditos a otorgar;
5. Recibir préstamos y líneas de créditos del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat;
6. Recibir el pago del capital e intereses de los créditos otorgados por la cooperativa con fondos propios y con financiamiento del Estado, entre otras obligaciones;

7. Invertir sus recursos preferentemente en créditos hipotecarios destinados a la adquisición, construcción, mejoramiento o ampliación de la vivienda de sus socios.

Están sujetas a una doble legislación: como cooperativas que son, deben ajustar su organización y funcionamiento a lo dispuesto en la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas. Y, en sus operaciones de vivienda y hábitat, se someten a la Ley Sobre el Régimen Prestaciones de Vivienda y Hábitat. Además, están sujetas a lo que disponga el Reglamento de esta Ley y a las normas, procedimientos y metodología que establezca el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat.

Se inscriben en el Registro Nacional de Cooperativas de la Superintendencia Nacional de Cooperativas. Además, deben inscribirse en el Registro Nacional de Cooperativas de Ahorro y Crédito en Vivienda y Hábitat que lleva la entidad pública encargada de la vivienda.

Son objeto de un doble control del Estado: como cooperativas, son controladas por la Autoridad Pública de aplicación, denominada Superintendencia Nacional de Cooperativas. Pero, además, están sujetas al control del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat al que debe presentarle informe de gestión y estados financieros y económicos auditados, adicionales a los que presentan a la Autoridad de Aplicación.

II. LOS BANCOS COMUNALES "COOPERATIVOS"

La Ley de los Consejos Comunales de 2006 crea, desarrolla y regula la organización y funcionamiento de éstos, y su relación con los órganos del Estado, para la formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas. Le asigna el manejo financiero de los Consejos Comunales a unos bancos comunales constituidos como asociaciones cooperativas.

a) Concepto

La ley define el Banco Comunal como "... la forma de organización y gestión económico-financiera de los recursos de los consejos comunales. Se concibe como una organización flexible, abierta, democrática, solidaria y participativa".

El banco comunal constituye la Unidad de Gestión Financiera como órgano económico-financiero de un Consejo Comunal, o de una Mancomunidad de consejos comunales, de acuerdo con el desarrollo de los mismos y a las necesidades establecidos por ellos.

Se podría decir que el Banco Comunal es la cooperativa de administración de los recursos financieros de los consejos comunales, sin autonomía real respecto de los mismos, que puede realizar actividades múltiples, ya que puede actuar en los campos económico, social, cultural, de beneficencia, etc.

b) Objetivos

La Ley señala como objetivos de los bancos comunales:

1. Asumir la gestión financiera de los consejos comunales, lo que significa que tienen a su cargo administrar los recursos tanto financieros como los no financieros de los mismos;
2. Recibir recursos para ejecutar los proyectos de la comunidad relativos con el agua, la vivienda, la energía eléctrica, las cloacas, la reparación de las calles, etc.;
3. Servir de ente de inversión y de crédito, y
4. Realizar intermediación financiera con los fondos generados por su actividad, con los recursos asignados por las entidades públicas y los recursos captados por cualquier vía lícita

c) Asociados

Forman parte de los bancos comunales todos los ciudadanos y ciudadanas (mayores de 15 años de edad) que habiten en el ámbito geográfico definido por la Asamblea de ciudadanos y ciudadanas, lógicamente que soliciten voluntariamente su ingreso a la entidad y que, además, efectúen aportes económicos a la entidad;

d) Constitución y registros

Como la Ley adoptó para los bancos comunales la forma jurídica de asociación cooperativa, los mismos deben constituirse como tales. En tal virtud, una vez que se acuerde constituir la cooperativa, deben reservar su denominación en la Superintendencia Nacional de Cooperativas, redactar el documento constitutivo y registrarlo en el Registro Subalterno de su domicilio.

Luego, el Presidente y Tesorero deberán abrir una cuenta bancaria, inscribirse en el Seniat y enviar su documentación a Sunacoop. Además, registrarse en la Comisión Presidencial del Poder Popular de su domicilio.

e) Fuentes

Las normas jurídicas aplicables a los consejos comunales son: la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas; la Ley de Creación, Estímulo, Promoción y Desarrollo del Sistema Micro financiero; la propia Ley Especial de los Consejos Comunales, y otras leyes especiales.

Sin embargo, aun cuando se denominen “bancos comunales”, no se les aplica la Ley General de Bancos y Otras Instituciones financieras (la Ley expresamente los exceptúa de su aplicación); .

f) Estructura

La Ley de los concejos comunales, en contradicción con la Ley de Cooperativas, ordena constituir un órgano encargado de la gestión financiera integrado por cinco habitantes de la comunidad, mayores de edad, inscritos en el Registro Electoral Permanente, que no ocupen cargos de elección popular y con disposición para el trabajo comunitario, electos por la Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas.

El ejercicio de los cargos es ad-honorem, aunque los gastos que se ocasionen por su actividad, son compensados por el fondo de gastos de funcionamiento del Consejo Comunal.

Estas personas deben presentar declaración jurada de patrimonio ante la Comisión Presidencial del Poder Popular; y son responsables civil, penal o administrativamente por los daños que ocasionen los actos, hechos (u omisiones) que realicen y que sean contrarios a la ley.

Algunos afirman que los bancos comunales no pagarán burocracia ni comisiones. Otros, por el contrario, estiman que "... si se habla de bancos comunales, deberían contar con la estructura bancaria (oficina, computador, archivos, taquillas, personal administrativo entrenado, cajeros, contabilistas, un buen gerente, en fin, el hecho de ser un banco comunitario no lo coloca fuera del concepto de lo que es un banco). Caso contrario, sería un insulto a la comunidad misma"

Deberían recibir asesoría técnica de parte de diversos despachos públicos como son Fundacomún, Fondemi, las Corporaciones Regionales de Desarrollo, el Ministerio de la Economía Popular (Minep);

g) Funciones

Corresponde a los bancos comunales llevar a cabo las siguientes funciones:

1. Administrar los recursos económico-financieros asignados, generados o captados por el consejo comunal respectivo;
2. Promover la constitución de cooperativas para la elaboración de proyectos de desarrollo endógeno, sostenibles y sustentables. Se trata apoyar la organización y funcionamiento de iniciativas productivas locales autogestionadas;
3. Impulsar el diagnóstico y el presupuesto participativo, sensible al género, jerarquizando las necesidades de la comunidad;
4. Promover formas alternativas de intercambio que permitan fortalecer las economías locales. Se entienden por tales formas diferentes a las simplemente monetarias, como el trueque, las monedas locales, etc;
5. Articularse con el resto de las organizaciones que conforman el sistema micro financiero de la economía popular, de manera de crear circuitos económicos locales;
6. Promover el desarrollo local, los núcleos de desarrollo endógeno y cualquier otra iniciativa que promueva la economía popular y solidaria. Esta función incluiría, también, la recuperación por los trabajadores de las empresas paralizadas;
7. Rendir cuenta pública anualmente o cuando le sea requerido por la Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas;
8. Prestar servicios no financieros en el área de su competencia;
9. Prestar asistencia social que conlleva, entre otros, la atención de los menores de la calle, a los ancianos y a las mujeres embarazadas, entre otros;
10. Realizar intermediación financiera. Ello implicaría poder captar recursos de los miembros de la comunidad, así como otorgar créditos o micro créditos. De esta manera, los bancos comunales pueden dar avales a los créditos de los beneficiarios, a una tasa de interés preferencial;

11. Rendir cuenta ante el Fondo Nacional de los Consejos Comunales anualmente, o cuando este así lo requiera; y

12. Promover formas económicas alternativas y solidarias, para el intercambio de bienes y servicios.

h) Proveniencia de los recursos financieros

Los recursos financieros que gestiona el Banco Comunal provienen de fuentes internas y de fuentes externas.

1. Internos

Están conformados por las aportaciones económicas (representadas en certificados) que hicieren los asociados; los ingresos provenientes de la Administración de los Servicios Públicos que le hubiesen sido transferidos (o concedidos) a los consejos comunales por parte de los entes públicos competentes; los generados por la actividad económica que realicen, incluidos los obtenidos por el manejo de los recursos financieros que realicen y cualquier otro ingreso permitido legalmente.

En la práctica, los aportes individuales de los asociados son meramente formales, ya que los establecidos en muchas zonas del país representan solamente el 1% del salario mínimo mensual nacional.

2. Externos

En la realidad, los recursos que manejan los bancos comunales son los externos, esto es, los provenientes del sector público, a saber:

- Los que hubieren sido transferidos al consejo comunal por parte de la República, de los estados y de los municipios;
- Los provenientes del Fondo Intergubernamental para la Descentralización FIDES y de la Ley de Asignaciones Especiales (LAEE);
- Los provenientes del Fondo Nacional de los Consejos Comunales (adscrito al Ministerio de Finanzas) que inyecta los recursos directamente a los bancos comunales;
- Las donaciones recibidas y que sean permitidas por la Ley; y

i) Manejo de los recursos

El manejo de los recursos financieros por parte de los bancos comunales no depende de ellos mismos, sino que se hace de acuerdo a la orientación dada por las decisiones de la Asamblea de ciudadanos (as) recogidas en actas ad-hoc, con la firma de la mayoría simple de los asistentes a la misma. Esto es, los bancos comunales actúan de acuerdo a las políticas y a las estrategias aprobadas por la asamblea de ciudadanos (as) de los consejos comunales, y a ellas deben ajustar su actuación (son vinculantes).

Los criterios de selección de inversión de los recursos por parte de las asambleas de ciudadanos, a ejecutar por los bancos comunales, son los siguientes:

1. Proyectos de infraestructura, por ejemplo, construcción de una cancha deportiva, reparación de una escuela, mejoras del alumbrado público, etc.;
2. Proyectos sociales: atención a niños de la calle, hogares para ancianos;
3. Proyectos productivos: maquinaria para siembra o construcción, etc.

j) Resultados financieros

Es preciso aclarar que los excedentes (ganancias) que generen los bancos comunales como resultado de las operaciones financieras y económicas que realicen se deben destinar diferencialmente:

Los producidos por operaciones que efectúen con sus asociados, tales como los intereses cobrados por los créditos que otorguen a sus asociados, por la prestación de servicios a los mismos (créditos, suministro de bienes o servicios, comercialización de productos, tasas por prestación de Servicios Públicos (agua, aseo urbano, cable), etc. pueden ser distribuidos entre los asociados, de acuerdo a lo dispuesto en la ley de cooperativas. A ellos puede añadirse los intereses percibidos por las colocaciones financieras que realicen mientras no se utilicen los recursos;

Los producidos en las operaciones que realicen con terceros (no asociados) se deben destinar a los fondos irrepartibles establecidos por la ley cooperativa.

k) Fondos y Reservas

Además de los fondos de Reserva de Emergencia, de Educación y de Protección Social previstos en la Ley Cooperativa, los Bancos Comunales deben constituir el Fondo de Gastos de Funcionamiento del Consejo Comunal y los fondos adicionales que acuerde la Asamblea.

l) Control

1. Registros: debe llevarse un registro de la administración efectuada, junto con los respectivos soportes de ingresos y desembolsos efectuados, de manera que pueda efectuarse el control sobre las operaciones del banco;

2. Los bancos comunales están sujetos a un cuádruple control:

* Por parte del Consejo Comunal: rinde cuenta anualmente –o cuando sea requerido- por la Asamblea de Ciudadanos (as). Pero, además, el manejo de los recursos es fiscalizado, controlado y supervisado por la Unidad de Contraloría Social, la que tiene potestad para revisar el registro de la administración de los recursos y de los soportes de los ingresos y desembolsos;

* Externo: rinde cuenta anual –o cuando éste lo requiera- al Fondo Nacional de los Consejos Comunales. Se presume –además- que el control como cooperativa corresponde a la Superintendencia Nacional de Cooperativas, dado que esta es la Autoridad pública de aplicación prevista en la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas, a cuya normativa se sujetan los bancos comunales.

Es de advertir que la Superintendencia de Bancos no tiene competencia para supervisar esta forma financiera asociativa, ya que está exceptuada de la aplicación de la Ley bancaria.

ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LOS NUEVOS TIPOS COOPERATIVOS Y LA COOPERATIVA EN GENERAL

Aun cuando las Cooperativas de Ahorro y Crédito para Vivienda y los Bancos Comunales por ley se constituyen como cooperativas, tienen particularidades que las caracterizan, a saber:

	Cooperativas	Cooperativas de A. y C. para vivienda	Bancos Comunales
<i>Autonomía</i>	Son entidades autónomas e independientes	Tienen una vinculación muy estrecha con el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat	Son entes adscritos y dependientes de los Consejos Comunales (sus órganos financieros)
<i>Ámbito geográfico</i>	Lo determinan los propios asociados en el Estatuto, de acuerdo a sus aspiraciones	Lo fija la comunidad en donde se efectuará el proyecto y está restringido a una zona concreta	Su ámbito geográfico lo determina la asamblea de ciudadanos (as)
<i>Asociados</i>	Sus asociados son las personas que cumplen los requisitos señalados en los estatutos	Personas interesadas en obtener préstamos del Estado para vivienda	Sus asociados son todos los miembros de la comunidad mayores de 15 años, que deseen ingresar
<i>Educación</i>	Es indispensable hacer actividades de educación y capacitación de sus asociados	Igual que en cooperativas en general	No se establece un proceso de capacitación y entrenamiento de los miembros
<i>Creación</i>	Se crean por decisión voluntaria de sus propios asociados	Creadas por decisión de las personas que deseen recibir financiamiento del Estado para vivienda	Son creadas por decisión de la Ley y del Poder Ejecutivo
<i>Directivos</i>	Los miembros electos por la mayoría de los asociados	Como en cooperativa	Sus miembros los elige la asamblea de ciudadanos (as)
<i>Decisiones de inversión</i>	Las adopta la asamblea de la cooperativa, de acuerdo a sus propios intereses	Acordada por los asociados, según los parámetros del Banco Nacional de Vivienda	Las adopta, con carácter vinculante y obligatorio, la asamblea de ciudadanos (no de los asociados)
<i>Responsabilidad de los Directivos</i>	Son responsables civil o penalmente por sus actos, siempre que medie dolo o culpa grave y se cause un daño	Igual que en cooperativa en general	Legalmente pueden ser responsables administrativamente", lo que les daría el carácter de ejercicio de la función pública

Régimen jurídico de los nuevos tipos "cooperativos" de Venezuela

	Cooperativas	Cooperativas de A. y C. para vivienda	Bancos Comunales
<i>Aportaciones económicas</i>	La parte esenciales de los aportes los hacen los asociados según lo fijan los Estatutos y, de forma eventual, provienen de fuentes externas, en especial, del Estado	Aportaciones de los asociados para el capital de la cooperativa, el ahorro para financiamiento de la vivienda, y financiamiento del Estado por medio del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat	Lo esencial de los aportes económicos los hace el Estado a través de los diferentes fondos. Y aportes meramente "formales" de los asociados
<i>Objetivos</i>	Suministrar bienes, prestar servicios a sus asociados, o permitir el trabajo de los mismos	Financiar (mediante ahorros y créditos hipotecarios) la producción o la adquisición de la vivienda para sus asociados	Invertir en obras de infraestructura, en servicios sociales y en actividades productivas los recursos aportados por el Estado, los que son no reintegrables
<i>Control externo</i>	Lo ejercen los organismos de integración del movimiento cooperativo y la Superintendencia Nacional de Cooperativas	La Superintendencia Nacional de Cooperativas y el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat	El control externo lo ejerce la asamblea de ciudadanos (as) y el Fondo Nacional de los Consejos Comunales
<i>Control interno</i>	El control interno lo ejerce la instancia de vigilancia o los organismos de integración	Como en cooperativa en general	El control interno lo ejerce la Unidad de Contraloría Social del Consejo Comunal
<i>Fondos y reservas</i>	La Ley crea fondos colectivos, irrepartibles de emergencia, de educación y de protección social, con el 30% de los excedentes, además de los voluntarios	Además de los de las cooperativas en general, los que establezca el Banco Nacional de Vivienda	Además de los fondos y reservas colectivas e irrepartibles, un Fondo de sostenimiento del Consejo Comunal
<i>Distribución de Excedentes</i>	De acuerdo a las operaciones que el asociado haya efectuado con la cooperativa, el trabajo aportado, o de forma igualitaria entre todos	De llegar a producirse, se reinvierten en obras o en servicios de urbanismo y hábitat	Como en cooperativa, salvo que lo esencial de los excedentes provendría de operaciones con terceros, los que no son repartibles
<i>Integración e intercooperación</i>	Deben crear sistemas y mecanismos de integración entre cooperativas, con el sector de la economía social y la comunidad	Establecer sistemas de integración con otras cooperativas y la comunidad	Deben generar importantes sistemas de articulación con la Economía Popular

III. CONCLUSIONES

Las Cooperativas de Ahorro y Crédito para Vivienda y Hábitat son un importante instrumento que permite a los ciudadanos acceder al financiamiento del Estado para la producción y obtención de vivienda. Sin embargo, la Ley limita su autonomía al considerarlas como asociaciones de “usuarios” del sistema público de vivienda, y someterlas a las políticas y controles unilaterales del Banco del Estado con competencia en vivienda y hábitat;

La forma jurídica de asociación cooperativa, seleccionada para los Bancos Comunes como operadores de los recursos financieros de los Consejos Comunes no es la mas aconsejable, dadas las profundas e insalvables diferencias en el régimen jurídico de ambos;

El empleo de la forma cooperativa por los Bancos Comunes desnaturaliza la figura de cooperativa, haciéndole perder su autonomía e independencia , así como su carácter de control democrático;

De acuerdo con lo propuesto por Bastidas-Delgado (2006), creemos conveniente la reforma de la Ley de los Concejos Comunes, en el sentido de sustituir la figura de cooperativa por la de Asociación Civil o la variante de Fundación, como operadora financiera de los consejos comunales.

REFERENCIAS

- Bastidas-Delgado, O. (2006). *Ocho razones para rechazar la figura de "cooperativas de financiamiento, ahorro y crédito comunales" en la Ley de los Consejos Comunales*, Caracas, Internet
- Cabrera, E. (2006). *Entrevista sobre la Ley de los Consejos Comunales*. Mérida, Diario Frontera, 1B, 4 de mayo,
- Gamboa, P, (2006). *Entrevista*. Diario El Siglo, Maracay
- García Müller, A. (2001). *La Nueva Ley Especial de Asociaciones Cooperativas de Venezuela*. Mérida, Cayapa
- García Müller, A. (2006). *Formas Jurídicas de las Empresas de Participación*. Caracas, Panapo
- Méndez, M. (2006), *La comunidad toma el poder*, El Nacional, B16, 7 de mayo
- Molina, C. y García, A. (2004). *Principios, valores, organización y manejo de Cooperativas*, Caracas, Panapo
- República Bolivariana de Venezuela (2.001), *Ley Especial de Asociaciones Cooperativas y Ley de los Consejos Comunales* (2006)

RESEÑA DE
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL SOBRE
ENTIDADES DE
ECONOMÍA SOCIAL
ENERO 2005 - ENERO 2006

ISABEL RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

Profesora de Derecho Mercantil
Universidad CEU-Cardenal Herrera

ÍNDICE

STC 10/2005, DE 20 DE ENERO

Cuestiones de inconstitucionalidad núms. 1378/2000, 1379/2000, 1465/2000, 1677/2000, 1678/2000, 1703/2000, 1704/2000, 1963/2000, 2901/2000, 2923/2000, 2924/2000, 2961/2000, 2962/2000, 2991/2000, 2992/2000, 3025/2000, 3027/2000, 3115/2000, 3116/2000, 3277/2000, 3278/2000, 3306/2000, 3307/2000, 3308/2000, 5136/2000, 5571/2000, 5708/2000 y 660/2000.

Promovidas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con el art. 9.7 del Decreto 3313/1966, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Actividades y Beneficios Comerciales e Industriales, por presunta vulneración de los arts. 14, 31.1, 38 y 133.3 CE, y alternativa o subsidiariamente, sobre el art. 279.7 y su disposición derogatoria, ap. 1, disposición undécima, del RDLeg 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, por presunta vulneración del art. 82.5 y 82.6 CE 146

STC 173/2005 (PLENO), DE 23 DE JUNIO

Recurso de inconstitucionalidad núm. 453/1996.

Promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra los artículos 9.3 y la remisión al mismo contenida en el art. 10.2; 66.2 a) y 69.2; el primer apartado de la disposición adicional sexta; el segundo párrafo del apartado 8 de la disposición adicional séptima y el primera apartado de la disposición final primera, en cuanto que atribuye carácter básico a los artículos mencionados, de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados 152

STC 291/2005 (PLENO), DE 10 DE NOVIEMBRE

Recurso de inconstitucionalidad núm. 1829/2000.

Promovido por la Junta de Andalucía en relación con el art. 54 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por el que se da una nueva redacción al art. 104 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas 158

STC 10/2005, DE 20 DE ENERO

Cuestiones de inconstitucionalidad núms. 1378/2000, 1379/2000, 1465/2000, 1677/2000, 1678/2000, 1703/2000, 1704/2000, 1963/2000, 2901/2000, 2923/2000, 2924/2000, 2961/2000, 2962/2000, 2991/2000, 2992/2000, 3025/2000, 3027/2000, 3115/2000, 3116/2000, 3277/2000, 3278/2000, 3306/2000, 3307/2000, 3308/2000, 5136/2000, 5571/2000, 5708/2000 y 660/2000. Promovidas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con el art. 9.7 del Decreto 3313/1966, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Actividades y Beneficios Comerciales e Industriales, por presunta vulneración de los arts. 14, 31.1, 38 y 133.3 CE, y alternativa o subsidiariamente, sobre el art. 279.7 y su disposición derogatoria, ap. 1, disposición undécima, del RDLeg 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, por presunta vulneración del art. 82.5 y 82.6 CE.

Resumen

Cajas de Ahorro: Exención del impuesto sobre actividades y beneficios comerciales e industriales: en cuanto a su actividad puramente financiera o mercantil: inconstitucionalidad: la norma vulnera el principio constitucional de contribuir a los gastos públicos en términos de igualdad.

Cajas de Ahorro: Exención del impuesto sobre actividades y beneficios comerciales e industriales: en cuanto a su actividad no lucrativa o benéfica: constitucionalidad: la norma responde tanto a la lógica como a los contenidos que derivan del principio de capacidad económica, así como a la cláusula del Estado social y democrático de derecho

Nota

Un comentario a esta sentencia puede verse en esta Revista en: Alguacil, Pilar. "Tratamiento tributario de las Cajas de Ahorro y principio de igualdad tributaria".

Antecedentes

La cuestión que es objeto de tratamiento tiene su origen en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 660/2000, interpuesta por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a la que, posteriormente, se unieron otras tantas por el mismo órgano jurisdiccional.

En concreto, la primera de ellas se suscita con motivo del recurso contencioso-administrativo núm. 68/1996, interpuesto por la entidad Caixa D'Estalvis del Penedès contra la resolución de 19 de diciembre de 1995 de la Gerencia del organismo autónomo local de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona y, en concreto, con ocasión de las alegaciones de la recurrente, por virtud de las cuales la exención de las Cajas de Ahorro al impuesto sobre actividades económicas para todas las actividades que realicen encuentra su fundamento tanto en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, como a la especial naturaleza de dichas entidades. Sobre esta base, la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2988, de 28 de diciembre, de haciendas locales, modificada por las Leyes 6/1991 y 18/1991, permitía el disfrute de la exención que se tuviese en la licencia fiscal de actividades comerciales e industriales hasta la fecha de su extinción, salvo que no tuvieran término de disfrute, en cuyo caso, el plazo de disfrute finalizaría el día 31 de diciembre de 1994, disfrutando las Cajas generales de ahorro popular, montes de piedad y obras benéfico-sociales, según el art. 279 del texto refundido de régimen local, de exención de la citada licencia fiscal.

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de economía social. Enero 2005 - Enero 2006

El órgano judicial proponente interpone la cuestión de inconstitucionalidad por considerar que el art. 9.7 del texto refundido del impuesto sobre actividades y beneficios comerciales e industriales, aprobado por el Decreto 3316/1996, de 28 de diciembre, en cuanto reconoce para las Cajas de Ahorro una exención incondicionada, adolece del vicio de inconstitucionalidad sobrevenida tras la promulgación de la Constitución Española, y ello por contravenir sus arts. 14, 31.1, 38 y 133.3, toda vez que entiende viciado alternativa o subsidiariamente el ejercicio de la delegación legislativa contenido en el art. 279.7 y en la disp. derogatoria undécima del RDLeg. 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

A juicio del órgano judicial, pese a que la naturaleza originaria podría haber justificado históricamente tal exención, el mantenimiento de este beneficio fiscal para cualesquiera operaciones realizadas por este tipo de entidades vulneraría los principios constitucionales de los arts. 31.1, 38 y 133.3, en primer lugar por el marcado carácter comercial de las operaciones mercantiles que las Cajas de Ahorro desempeñan en la actualidad, radicalmente distinto al de su orígenes y, en segundo lugar, y por el carácter real de la contribución industrial, que viene siendo señalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Finalmente, el órgano judicial plantea el problema derivado del control del ejercicio de la delegación legislativa del art. 279.7 del RDLeg 781/1986, de 18 de abril. La disposición final primera de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, autorizó al Gobierno a «refundir en el plazo de un año, y en un solo texto, las disposiciones legales vigentes de acuerdo con lo dispuesto en la disposición derogatoria», de tal manera que uno de los preceptos a refundir el art. 9.7 del texto refundido de 1966, y que no fue derogado por el Real Decreto 3183/81, resultó afectado por el ejercicio de la delegación normativa y al refundirse en el texto del RDLeg 781/1986, no sólo se convirtió en una exención en relación con la actividad producida «por los Montes de Piedad y obras benéfico-sociales», sino que aquel precepto fue declarado derogado, junto con el resto del texto refundido. El órgano jurisdiccional entiende que la exención incluida por el Gobierno en el art. 279.7 del RDLeg, y la derogación explícita operada sobre el texto refundido del impuesto sobre actividades y beneficios comerciales e industriales de 1966, supone un uso correcto de la autorización para refundir textos legales del art. 82.5 de la CE, pero considera que existe una incoherencia y contradicción que ha de resolverse necesariamente a favor de la norma con rango de Ley.

Por su parte, el Abogado del Estado, en escrito de alegaciones solicita, en primer lugar, la inadmisión de la cuestión en relación con el «control del ejercicio de la delegación legislativa del art. 279.7 del RDLeg 781/1986, puesto que la duda que en su momento surgió en este punto fue resuelta por el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de febrero de 1995, al declarar la «improcedencia de los fundamentos en que el mismo se sustenta». Es por ello, que el Abogado del Estado considera que lo que está suscitando el órgano judicial no son dudas acerca de la constitucionalidad de un precepto con rango de Ley, sino que en realidad lo que se exige es una revisión de un pronunciamiento del Tribunal Supremo.

En segundo lugar, el Abogado del Estado solicita que se desestime la cuestión de inconstitucionalidad en cuanto al art. 9.7 del texto refundido de 1966. Por un lado, porque cuando el legislador prevé unas exenciones para las cajas de ahorro no está actuando discriminatoriamente, sino que está dando un trato fiscal peculiar a unas entidades que, siendo intermediarias financieras, tienen una naturaleza y personalidad especial distinta de las entidades de crédito en general, como sucede con otras entidades, como las cooperativas de crédito, que teniendo una peculiar personalidad y naturaleza, son objeto igualmente de un régimen fiscal especial.

Por otro lado, y en relación con las vulneraciones sobre principios constitucionales que el órgano judicial entiende producidas por el precepto impugnado, el Abogado del Estado manifiesta su disconformidad por entender que aquél no sólo no infringe el art. 38 CE, dado que la previsión de un diferente régimen fiscal no supone necesariamente la imposibilidad de la existencia de competencia y de la plena libertad del legislador para establecer distintos regímenes tributarios para las distintas clases de entidades o personas que intervienen en cada sector económico, sino que tampoco vulnera el art. 133.3 CE, pues cuando se dictó la norma la Constitución Española aún no estaba en vigor, por lo que el órgano judicial que plantea la cuestión pudo inaplicarlo sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el art. 82.6 CE.

Por su parte el Fiscal General del Estado solicita sentencia estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad sometida a enjuiciamiento, por entender que el art. 9.7 del Decreto 3313/1966 incurre en inconstitucionalidad sobrevenida al contradecir los arts. 14, 31.1 y 38 CE, pero solicitando la desestimación en cuanto al segundo de los vicios, por entender que el art. 82.6 CE confiere plena potestad a los Tribunales ordinarios para controlar los eventuales excesos cometidos por el Gobierno en el ejercicio de la autorización conferida por las leyes de bases. Si bien considera infringido el principio de igualdad, cuando se otorgan beneficios fiscales a unas entidades de crédito sin un fundamento que los justifique, no extiende dicha vulneración al principio de reserva de Ley, toda vez que la inclusión de la exención en un texto refundido tenía rango de Ley formal.

Ahora bien, considera que tras el Real Decreto 2290/1977, de 27 de agosto, sobre regulación de los órganos rectores de las cajas de ahorro, se ha producido una sustancial modificación, tanto en la naturaleza y fisonomía como en el tipo de actividad financiera desarrollada por las cajas de ahorro, que ha eliminado cualquier fundamento racional de la exención. En conclusión, para el Fiscal General del Estado el precepto cuestionado no cumple ninguna de las exigencias que la doctrina constitucional, desde la perspectiva del principio de igualdad ante la Ley, ha establecido para justificar constitucionalmente la existencia legal de una situación desigual como la que ahora se enjuicia, sobre todo porque las cajas de ahorro operan en el mercado financiero en igualdad de prerrogativas que el resto de las entidades de crédito.

Fundamentos

La STC 10/2005, de 20 de enero resulta interesante por cuanto resuelve una de las cuestiones más debatidas en el ámbito del especial tratamiento fiscal que determinadas entidades que operan en el tráfico económico reciben en nuestro ordenamiento jurídico, pero a efectos de nuestro análisis lo es aún más, en la medida en que el eje del debate se centra en las exenciones fiscales reconocidas a las Cajas de Ahorro, dando lugar al debate sobre la actual naturaleza de este tipo de entidades.

El fallo de esta sentencia, que estima las cuestiones de inconstitucionalidad núm. 660/2000 y otras 27 acumuladas, declara inconstitucional y derogado por la Constitución Española el art. 9.7 del Decreto 3316/1966, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre actividades y beneficios comerciales e industriales, acoge la postura tanto del órgano judicial que plantea dicha cuestión como del Fiscal General del Estado.

Con carácter previo al análisis del fondo de la controversia planteada, el Tribunal Constitucional resuelve una serie de cuestiones. Así en primer lugar, recuerda que, la desaparición de la exención el día 31 de diciembre de 1994, momento en el que concluía el período transitorio establecido por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de economía social. Enero 2005 - Enero 2006

locales, no afecta en nada el objeto del presente proceso constitucional, pues al tratarse de una cuestión de inconstitucionalidad, es necesario declararse sobre la cuestión de constitucionalidad de la que depende el fallo del proceso judicial. En segundo lugar, añade que el hecho de que el órgano judicial pudiera en su momento examinar la contradicción con la norma fundamental del art. 9.7 del texto refundido de 1966, no le impide plantear la cuestión de constitucionalidad, como así lo hizo, ni al Tribunal Constitucional pronunciarse. En tercer lugar, recuerda que no corresponde al Tribunal Constitucional la interpretación de la legalidad que subyace a la cuestión, sino únicamente enjuiciar la conformidad con la Constitución de una norma con rango de Ley.

Hechas estas aclaraciones, el Tribunal Constitucional entra en el fondo de la cuestión, del que derivan las siguientes consideraciones que sirven de fundamento para su fallo:

1º.- En primer lugar, procede el TC a delimitar la evolución legislativa que la exención ha sufrido desde el Real Decreto 29 de junio de 1853, ordenador de las cajas de ahorro y montes de piedad, y la Ley de 29 de junio de 1880 que las calificaba como «instituciones de beneficencia» bajo el protectorado del Ministerio de Gobernación, y a las que además aplicaba una serie de beneficios fiscales, pasando por el Estatuto de 14 de marzo de 1933, momento en el que las Cajas de Ahorro empiezan a perder su carácter puramente benéfico para acercarse, en su consideración jurídica, a las restantes entidades financieras. Recuerda cómo posteriormente el Decreto de 17 de octubre de 1947, regulador de las obras sociales de las cajas de ahorro, califica su función benéfica como complementaria y no principal, para llegar al Plan de estabilización económica de 1959, cuando las cajas de ahorro adquieren un carácter eminentemente mercantil.

2º.- Entra el TC a analizar el primer vicio imputado a la norma cuestionada, consistente en la vulneración del art. 133.3 CE, para concluir que *«no puede prosperar. Siendo cierto que la Constitución establece en el apartado 3 del artículo 133 el principio de reserva de Ley en materia de beneficios fiscales, también lo es que este Tribunal ha venido manteniendo la doctrina de que no pueden anularse disposiciones legales o reglamentarias anteriores, ni por la ausencia de requisitos luego exigidos por la Constitución para su aprobación y que, entonces, no venían requeridos ni por el hecho de que la Constitución haya exigido un determinado rango para la regulación de tales materias, dado que la reserva de Ley no puede aplicarse retroactivamente (SSTC 11/1981, de 8 de abril, F. 5 y 194/1998, de 1 de octubre), ello sin perjuicio de la cobertura normativa con que la discutida exención pudiera contar antes de aprobarse la Constitución»* (F. J. 4º).

3º.- Al entrar a analizar la posible desigualdad en que pudiera llegar a incurrir el art. 9.7, el TC trae a colación la consideración que la doctrina constitucional ha realizado en materia del principio de igualdad (por todas, SSTC 3/1983, de 25 de enero, F. 3 y 193/2004, de 4 de noviembre, F. 3), con la finalidad de precisar que *«la igualdad ha de valorarse en cada caso teniendo en cuenta el régimen jurídico sustantivo del ámbito de relaciones en que se proyecte, y en la materia tributaria es la propia Constitución la que ha concretado y modulado el alcance del art. 14 en un precepto, el art. 31.1, cuyas determinaciones no pueden dejar de ser tenidas aquí en cuenta, pues la igualdad ante la Ley tributaria resulta indisociable de los principios de generalidad, capacidad económica, justicia y progresividad igualmente enunciados en el art. 31.1 CE (SSTC 27/1981, de 20 de julio, F. 4 y 193/2004, de 4 de noviembre, F. 3, por todas). Desde esta perspectiva la exención, como quiebra del principio de generalidad que rige la materia tributaria al neutralizar la obligación tributaria derivada de la realización de un hecho revelador de capacidad económica, es constitucionalmente válida siempre que responda a fines de interés general que la justifiquen (por ejemplo, por motivos de política económica o*

social, para atender al mínimo de subsistencia, por razones de técnica tributaria, etc.), quedando, en caso contrario, proscrita, desde el punto de vista constitucional, por cuanto la Constitución a todos impone el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos en función de su capacidad económica (STC 96/2002, de 25 de abril, F. 7), no debiendo olvidarse que los principios de igualdad y generalidad se lesionan cuando «se utiliza un criterio de reparto de las cargas públicas carente de cualquier justificación razonable y, por tanto, incompatible con un sistema tributario justo como el que nuestra Constitución consagra en el art. 31».

4º.- Sentadas las bases del principio de igualdad, el TC entra a valorar la posible inconstitucionalidad que se imputa al art. 9.7 del Decreto 3313/1966, por atribuir un diferente trato a las cajas de ahorro respecto de las restantes entidades financieras, al concederles la disposición impugnada la exención en el impuesto sobre actividades y beneficios comerciales e industriales también para su actividad puramente financiera o mercantil, y no sólo para su obra benéfica.

A tal fin el TC considera que «(s)egún lo expuesto, si la desigualdad proscrita por nuestra Constitución es la que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carece de una justificación objetiva y razonable, no parece difícil llegar a la conclusión –como también así hace el Fiscal General del estado- de que el art. 9.7 del Decreto 3313/1966 estaría viciado de inconstitucionalidad al establecer una exención que, tras la entrada en vigor de la Constitución Española, no resulta compatible con su art. 14 en relación con el art. 31, por cuanto discrimina a unas entidades respecto de otras en el ejercicio de la misma actividad, sin una justificación capaz de neutralizarla, al no servir a tales efectos la justificación histórica de su exclusivo carácter benéfico, con lo cual se convierte, no sólo en una norma inválida, sino también derogada [STC 4/1981, de 2 de febrero (RTC 1981/4), F. 1 a)]. Y es así porque la justificación histórica del trato dispar a las cajas de ahorro (actividad principal benéfico-social sin ánimo de lucro) decae desde el momento en que su naturaleza adquiere un carácter eminentemente mercantil, pues si bien desde el Estatuto para las cajas generales de ahorro popular de 14 de marzo de 1933 estas entidades empezaron a perder su carácter puramente benéfico para ir acercándose paulatinamente en su actividad a las restantes entidades financieras, como se ha visto, es a partir del Plan de estabilización económica de 1959 y de la Ley 27/1962, de 14 de abril, de bases de ordenación del crédito y la banca, cuando la normativa equipara a las cajas de ahorro con las restantes instituciones financieras, permitiéndoles el ejercicio de la actividad crediticia en condiciones de igualdad, pasando, en consecuencia, a ser su actividad principal, la económica, y la accesoría, la benéfico-social, lo que se vería confirmado por el Decreto 1838/1975, de 3 de julio, regulando la creación de cajas de ahorro y la distribución de los beneficios líquidos a estas entidades. Es patente, pues, que desde la inicial configuración de las cajas de ahorro como entidades benéfico-sociales se ha dado paso –en virtud del propio crecimiento y de la importancia actual de su actividad crediticia- a su consideración como entidades de crédito dentro del sistema financiero (STC 48/1988, de 22 de marzo, F. 6 in fine), consecuencia del cambio cualitativo que han sufrido «al haberse transformado su inicial actividad crediticia de carácter benéfico (crédito barato a las clases menesterosas) en actividad crediticia sometida a las Leyes del mercado comunes a ellas y a los demás intermediarios financieros» (STC 49/1988, de 22 de marzo, F. 7 in fine), para ser en la actualidad, y por lo que ahora importa desde la aprobación de la Constitución, finalmente, «entidades de crédito [que] se dedican a una actividad de especial delicadeza y riesgo no sólo para quienes la realizan sino también para quienes operan con ellas y par ala estabilidad económica en general»

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de economía social. Enero 2005 - Enero 2006

(STC 49/1988, de 22 de marzo, F. 12). Por este motivo, ni aunque se admitiera la ausencia de ánimo lucrativo que tienen estas «entidades financieras» por destinar parte de sus beneficios a la obra social, se alteraría la conclusión, pues tanto la entonces licencia fiscal como el impuesto sobre actividades económicas, son tributos que gravan el «mero ejercicio» de actividades económicas (así se definía en el art. 4.1 del Decreto 3313/1966 y así se prevé, aún, en el actual art. 78 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales), siendo la actividad mercantil de las cajas de ahorro una actividad económica de carácter empresarial.

En consecuencia, si la exigencia constitucional del art. 31.1 CE relativa al deber de todos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos según la capacidad económica de cada contribuyente configura un mandato que vincula, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, ya que, si los unos están obligados a contribuir de acuerdo con su capacidad económica al sostenimiento de los gastos públicos, los otros están obligados a en principio a exigir esa contribución a todos los contribuyentes cuya situación ponga de manifiesto una capacidad económica susceptible de ser sometida a tributación, es patente que el mantenimiento de una exención como la que se discute, carente de la justificación que la vio nacer, implica la quiebra ilegítima del deber de «todos» de contribuir a aquel sostenimiento, o, lo que es lo mismo, del principio de generalidad tributaria que el art. 31.1 CE establece. De la misma manera que la exención sobre la parte no lucrativa o benéfica de la actividad de las Cajas responde «tanto a la lógica como a los contenidos que se derivan del principio de capacidad económica (art. 31 CE), así como a la cláusula del Estado social y democrático de Derecho que nuestra Constitución ha configurado (art. 1.1 CE)» (STC 134/1996, de 22 de julio, F. 6], la extensión de la exención a la parte puramente mercantil, comercial, financiera, y, por ende, lucrativa, no encuentra hoy en día, ni la encontraba en 1978, justificación alguna y, en consecuencia, vulnera el principio de igualdad tributaria al utilizarse un criterio de reparto de las cargas públicas de una justificación razonable e incompatible con el sistema tributario justo al que hemos hecho referencia anteriormente.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, la conclusión constitucional viene avalada también desde el Derecho comunitario, al que nuestro Ordenamiento debe permanecer abierto ex art. 93 CE desde la integración de España en las entonces Comunidades Europeas, en 1986. Y a este respecto puede traerse a colación aquí, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 15 de marzo de 1994 (TJCE 36/1994), asunto C-387/92, que consideró contrarias al Derecho comunitario por ser ayudas de Estado aquellas exenciones fiscales a favor de entidades públicas o privadas que las coloquen «en una situación más favorable que a otros contribuyentes», y ello en una cuestión prejudicial que, de manera semejante en parte a lo aquí suscitado, versaba precisamente sobre legislación española (la Ley 13/1971), que establecía exenciones fiscales a favor de entidades públicas de crédito» (F. J. 6º).

5º.- Concluye el TC manifestando que «la exención prevista en el art. 9.7 del Decreto 3313/1966, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre actividades y beneficios comerciales e industriales, es contrario a la Constitución sólo en la medida en que es aplicable a la parte mercantil de las cajas de ahorro y, por tanto, no se limita a como expresamente señalaría luego el art. 24.1 de la Ley 40/1981, de 28 de octubre a «a los Montes de Piedad y Obras Benéfico-Sociales de las Cajas expresamente autorizadas. Siendo inconstitucional la disposición cuestionada en los términos de citados, por vulnerar el principio constitucional de contribuir a los gastos públicos en términos de igualdad (arts. 14 y 31.1 CE), resulta innecesario entrar a conocer de las restantes vulneraciones que el órgano judicial imputa a la norma cuestionada» (F. J. 7º).

STC 173/2005 (PLENO), DE 23 DE JUNIO

Recurso de inconstitucionalidad núm. 453/1996.

Promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra los artículos 9.3 y la remisión al mismo contenida en el art. 10.2; 66.2 a) y 69.2; el primer apartado de la disposición adicional sexta; el segundo párrafo del apartado 8 de la disposición adicional séptima y el primera apartado de la disposición final primera, en cuanto que atribuye carácter básico a los artículos mencionados, de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados.

Resumen

Mutuas a prima fija y mutuas y cooperativas a prima variable: derechos y obligaciones de los mutualistas: la remisión, con carácter básico, de la ley estatal a su regulación por reglamento no vulnera las competencias de la Generalidad de Cataluña de desarrollo de la regulación estatal básica sobre las mutuas de seguros.

Mutualidades de previsión social: autorización administrativa de ampliación de prestaciones que requiere ser titular de una autorización válida en todo el Espacio Económico Europeo, otorgada por la Administración del Estado: la exigencia de este requisito legal de carácter básico no vulnera la competencia exclusiva de la Generalidad de Cataluña en materia de mutualidades no integradas en el sistema de Seguridad Social.

Antecedentes

Con motivo del presente recurso de inconstitucionalidad, la Generalidad de Cataluña impugna diversos preceptos de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, de entre los que es objeto de estudio, por su implicación con determinados subtipos de entidades de economía social, el artículo 9.3 y la remisión al mismo contenida en el art. 10.2, y 66.2 a).

El planteamiento general del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Abogado de la Generalidad de Cataluña se basa en que los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional en torno a la distribución de competencias en materia de seguros basados en la ya derogada Ley 34/1984, de ordenación del seguro privado no afectan a la Ley 30/1995, ahora impugnada por considerar que ésta no responde a los mismos parámetros que aquélla, en parte porque el contenido de la ley impugnada es el resultado de la adecuación del ordenamiento español a un total de siete Directivas europeas.

A este respecto, y con carácter previo a sus alegaciones, recuerda que, no obstante corresponder a la Generalidad de Cataluña las competencias de desarrollo y ejecución en materia de seguros, pero en particular, la exclusiva sobre cooperativas, pólizas y mutualismo no integrado en el Sistema de Seguridad Social (art. 9.21 EAC), es el Estado el titular de la competencia correspondiente al establecimiento de las bases de ordenación del seguro en aquellos supuestos en que dichas mutualidades realicen o lleven a cabo actividades aseguradoras sobre las que el Estado ostente competencia normativa básica, pero posibilitando el ejercicio de las correlativas competencias autonómicas de desarrollo legislativo y de ejecución.

A continuación expone las alegaciones que el Abogado de la Generalidad de Cataluña en torno a la inconstitucionalidad de los preceptos objeto de este estudio.

Así, y en primer lugar, recurre el artículo 9.3 y la remisión que al mismo se efectúa en el art. 10.2, por considerar que la habilitación expresa del art. 9.3 al poder reglamentario para desarrollar y completar, con carácter básico, las normas que ya figuran en la Ley con tal naturaleza, representa un exceso que redundará en claro y notable detrimento de la competencia

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de economía social. Enero 2005 - Enero 2006

autonómica de desarrollo de la regulación estatal sobre las mutuas de seguros, hasta el punto de vaciarla prácticamente de contenido, toda vez que se aparta abiertamente de la doctrina constitucional, que sólo excepcionalmente admite, por razones de orden técnico o circunstancial, la fijación de lo básico por reglamento y siempre que resulte complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a la que responde la competencia estatal sobre las bases.

En segundo lugar, y por lo que al artículo 66.2.a) se refiere, el Abogado del Estado impugna la inclusión entre los requisitos que deben cumplir las mutualidades de previsión social para obtener y mantener la autorización administrativa de ampliación de prestaciones, del relativo a «la titularidad de una autorización válida en todo el Espacio Económico Europeo», puesto que la misma exigencia de dicha autorización, que sólo puede concederla la Administración estatal, conlleva un vaciamiento de las competencias autonómicas.

En este sentido recuerda que, conforme al artículo 65 de la Ley, las mutualidades de previsión social pueden actuar dentro de unos límites que vienen definidos, de un lado, por las contingencias a cubrir y las operaciones que pueden realizar y, de otro, por las prestaciones económicas que pueden garantizar, límites que, no obstante, pueden ser rebasados en aquellos supuestos en que obtengan una autorización administrativa previa a la ampliación de prestaciones, según el art. 66.

Sin embargo, considera que el requisito exigido por el art. 66.2, que es objeto de impugnación, nada tiene que ver técnicamente con la actividad propia de las mutualidades ni con las garantías de solvencia que les son exigibles.

Por su parte, el Abogado del Estado en representación del Gobierno de la Nación, presentó escrito de alegaciones dando respuesta a las dos primeras alegaciones del recursos interpuesto por el Abogado de la Generalidad de Cataluña.

Dando cuenta de que la impugnación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, persigue básicamente la modificación de la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional sobre la distribución de competencias en materia de ordenación y supervisión de los seguros privados, el Abogado del Estado realiza las correspondientes alegaciones en defensa de los preceptos impugnados.

Comienza con el art. 9.3 de la Ley, que recoge una habilitación reglamentaria específica respecto a las mutuas a prima fija, y la remisión que se contiene en el art. 10.3 aplicable a las mutuas a prima variable, constando, en primer término, que ninguno de estos dos preceptos legales alude a las cooperativas a prima fija, por lo que entiende sobran las referencias que en el escrito del recurso de la Generalidad de Cataluña se efectúan a las cooperativas de seguros. Por lo que concierne el citado art. 9.3, recuerda que la STC 86/1989 consideró su antecedente, el art. 13.5 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, básico y plenamente conforme a la distribución constitucional de competencias y ello le sirve al Abogado del Estado para sostener que todos los extremos contenidos en el art. 9.3 de la Ley 30/1995 quedan dentro de lo básico reglamentario. En primer lugar, la atribución de este carácter básico la efectúa el propio legislador en la disposición final primera. En segundo término, las materias relacionadas con el art. 9.3 son obviamente las esenciales del régimen de las mutuas, tanto en el aspecto de su régimen y funcionamiento (contenido mínimo de lo estatutos, órganos de gobierno) como en el status jurídicos de los mutualistas (derechos y obligaciones). Para concluir, señala no ser cierta la suficiencia del art. 9.2 de la Ley 30/1995 para establecer un régimen básico de las mutuas, pues aparte de ser función propia del legislador la apreciación del nivel de intensidad de lo básico en cada materia concreta, del mencionado precepto legal sólo resulta un régimen fragmentario de los derechos y obligaciones de los mutualistas (letras b a f), ello sin tener en

cuenta la regulación básica de los órganos de gobierno y control de las mutuas y su funcionamiento, sobre lo que nada se dice en el art. 9.2, que tampoco estable un contenido mínimo de lo estatutos.

En segundo lugar, y en cuanto al art. 66.2 a), el Abogado del Estado entiende que no es contraria al art. 9.21 EAC ni merma la competencia exclusiva autonómica sobre mutualismo no integrado en el sistema de seguridad social, el inciso final impugnado que exige «ser titular de una autorización válida en todo el Espacio Económico Europeo». En este sentido, recuerda el Abogado del Estado que tanto el art. 6 de la Directiva 92/49 CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa al seguro distinto al de vida, como el art. 5 de la Directiva 92/96 CE, de 10 de noviembre de 1992, relativa al seguro distinto de vida, establecen que las autorizaciones válidas para todo el espacio económico europeo sólo pueden concederse en el Reino de España cuando la empresa de seguros adopte la forma de sociedad anónima, sociedad mutua o sociedad cooperativa. En coherencia con ello, la Ley 30/1995 dispone que la ampliación de prestaciones de una mutualidad sólo puede autorizarse si, de un lado, se es titular de una autorización válida para todo el espacio económico europeo (art. 66.2.a), y, de otro, se posee el mínimo de fondo mutual, margen de solvencia y fondo de garantía de las mutuas a prima fija, además de tener constituidas las provisiones técnicas exigibles a este tipo de mutuas (art. 66.2 c). Es decir, cuando la mutualidad se asimile económicamente a un tipo de entidades aseguradoras que pueden operar en todo el espacio económico europeo.

Señala el Abogado del Estado que las mutualidades ordinarias ¿las que no solicitan ampliación de prestaciones? aseguran un número sumamente limitado de contingencias (art. 65) y que no son entidades de seguros en sentido pleno y perfecto; por ello precisamente su actividad aseguradora recibe un tratamiento jurídico diferenciado y mucho menos exigentes. El legislador estatal ha configurado la ampliación de prestaciones que puede autorizarse a las mutualidades de previsión social como paso a la condición de entidades de seguros perfectas o plenas, condicionándola a su transformación económico-financiera en mutuas a prima fija. Por su parte, el espacio económico europeo no es algo abierto, sin más, a toda entidad de seguros o de previsión, sino sólo a aquéllas que alcancen un cierto nivel empresarial y financiero. Y ésta es la valoraciones en la que se basan tanto el inciso impugnado del art. 66.2.a) como el art. 66.2.c y, en general, cuantos requisitos impone el art. 66.2 o las provisiones del art. 66.4.

En conclusión, para el Abogado del Estado, la mutualidad que pretenda ampliar sus prestaciones no sólo debe sobrepasar unas determinadas magnitudes financieras en fondo mutual, margen de solvencia, fondo de garantía y provisiones técnicas que la asimilen a una mutua a prima fija desde el punto de vista económico-financiero que la conviertan empresarialmente en una entidad aseguradora perfecta y plena (art. 66.2 c), sujetarse a la clasificación por ramos (art. 66.2 d), desarrollar su actividad durante un tiempo prudencial (art. 66.1 a) y en condiciones financieras sanas (art. 66.2 b), sino que también debe poder desarrollar su actividad en todo el espacio económico europeo (art. 66.2.a) segundo inciso).

Fundamentos

Esta sentencia pronunciada con ocasión del recuso de inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, resulta especialmente interesante en materia de entidades de economía social, en la medida en que delimita la línea de distribución de competencias autonómicas y estatales en materia de seguros en relación con las mutuas y mutualidades de previsión social.

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de economía social. Enero 2005 - Enero 2006

Al respecto el fallo de la sentencia, que entra a analizar el juicio de validez de los preceptos impugnados, desestima el recurso de inconstitucionalidad en cuanto hace referencia a los arts. 9.2, 10.2 y 66.2 a) de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, no sin antes declarar como cuestión previa la subsistencia de la controversia planteada, al considerar que la derogación de la Ley objeto de impugnación acaecida tras el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, no constituye un supuesto de extinción sobrevenida del objeto del proceso, toda vez que los preceptos impugnados de la Ley 30/1995 han sido reproducidos literalmente, con la misma numeración e idéntico carácter básico, en el nuevo texto refundido.

En conclusión, y puesto que la nueva normativa plantea los mismos problemas competenciales, el Tribunal Constitucional procede a pronunciarse sobre la cuestión de fondo sobre la base de las siguientes consideraciones:

1º.- En primer lugar, el TC entra a conocer sobre la constitucionalidad de los artículos 9.3 y 10.2, a cuyo fin, y basándose en que dichos preceptos vinieron a reproducir el contenido de los arts. 13.5 y 14.2 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de ordenación de los seguros privados, reitera una vez más su constitucionalidad al considerar que *«la atribución de carácter básico al art. 13.5 de la Ley 33/1984, y a la correlativa remisión que al mismo se efectuaba en el art. 14.2 de dicha Ley fue considerada conforme al sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias en la STC 86/1989, de 11 de mayo»* (F. J. 3º STC 173/2005).

Redundando en la doctrina constitucional ya consolidada, añade el TC, que *«la efectividad de la vertiente formal de lo básico, «se traduce en una preferencia por la Ley como el instrumento normativo idóneo para su establecimiento pues sólo a su través se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulen las competencias básicas estatales y las autonómicas de desarrollo legislativo (...). Consecuentemente con esta preferencia o principio de Ley formal, el establecimiento de lo básico mediante normas reglamentarias sólo será admisible cuando éstas resulten «complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases».*

«Por otra parte, hemos aceptado que sea el propio legislador quien remita al ejercicio de la potestad reglamentaria el complemento de lo básico, puesto que esa mera remisión en abstracto a las normas reglamentarias para regular materias básicas no tiene por qué suponer necesariamente que esas normas vulnerarían las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, ni puede, por lo que hemos dicho, reputarse sin más inconstitucional». «En todo caso, esta posibilidad encuentra un límite infranqueable en la predeterminación legal del alcance de lo básico, puesto que «lo que no es admisible constitucionalmente es que la norma pretendidamente básica ¿con independencia ahora del rango normativo que tenga? no concrete lo básico, sino por remisión a una posterior labor deductiva a desarrollar sobre la propia disposición o sobre cualesquiera otras, ya que con ello se crea un ámbito de inseguridad y confusión radicalmente incompatible con el sistema de distribución de competencias constitucionalmente establecido». (F. 3º STC 173/2005).

En conclusión, el TC considera que *«esta remisión al reglamento no conlleva de suyo la atribución de carácter básico a los preceptos reglamentarios dictados en desarrollo de las previsiones del art. 9.3 de la Ley de ordenación de los seguros privados. Como hemos indicado en diversas ocasiones, «cuando la Ley estatal posconstitucional ha regulado una materia sobre la que compete al Estado establecer las bases, no puede entenderse como regla general que las disposiciones reglamentarias que el Gobierno apruebe en desarrollo o para la ejecu-*

ción de la Ley tengan también carácter básico, a menos que tales normas complementarias de rango infralegal indiquen expresamente su pretendida naturaleza básica o así resulte sin lugar a dudas de su propia estructura normativa en cuanto complemento indispensable de las normas legales básicas». «A mayor abundamiento, en esta ocasión debemos señalar que en el Reglamento de desarrollo de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, el régimen jurídico de las mutuas de seguros a prima fija y a prima variable se regula en los arts. 11 a 22, expresamente excepcionados de la identificación de lo básico contenida en el primer apartado de la disposición final primera del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el citado Reglamento. De tal suerte que ese eventual riesgo de que la remisión a las normas reglamentarias se tradujese en una vulneración de la competencia autonómica de desarrollo legislativo, al que hicimos referencia en nuestras SSTC 77/1985, de 27 de junio, y 220/1992, de 11 de diciembre, en los términos antes reproducidos, no se ha materializado hasta la fecha» (F. J. 3 STC 173/2005).

2º.- En segundo lugar, el TC entra a considerar la constitucionalidad del art. 66.2 a) de la Ley 30/1995, haciendo notar con carácter previo que, aunque marginal, «no está de más indicar que la exigencia de autorización administrativa para que las mutualidades de previsión social puedan operar por ramos representa una especificación del criterio general plasmado en el art. 6.3 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (ahora, art. 5.3 de su texto refundido)». Por consiguiente, añade el TC, «desde la vertiente sustantiva no se produce confusión alguna entre la autorización para operar en el espacio económico europeo y la autorización para ampliar prestaciones, dado que el otorgamiento de aquélla no exime de la solicitud de ésta en los supuestos a los que se hace referencia en los preceptos señalados» (F. J. 5 STC 173/2005).

Pero, entrando en la valoración del precepto impugnado, el TC considera, previa reiteración de la necesidad de enmarcar la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Cataluña sobre mutualismo no integrado en el sistema de Seguridad Social (art. 9.21 de su Estatuto de Autonomía), que «la intervención preceptiva de las instancias centrales del Estado en el procedimiento autorizador que nos ocupa encaja, en principio y sin perjuicio de examinar más adelante la modalidad concreta establecida en el precepto impugnado, dentro del ámbito de lo básico en materia de ordenación de lo seguros (art. 149.1.11 CE). Y ello porque la dispensa de las limitaciones a las que se sujeta la actividad aseguradora de las mutualidades de previsión social puede perfectamente asimilarse, desde el punto de vista funcional, a la autorización de una nueva entidad aseguradora, al menos en aquellos sectores del ramo correspondiente que se hallaban anteriormente extramuros de las posibilidades de actuación de la entidad que pretenda ampliar sus prestaciones. Visto desde el prisma contrario este hecho representa la creación de nuevos riesgos potenciales no sólo para los propios tomadores de seguros, sino también para la estabilidad del sistema financiero en su conjunto. Se trata de un valor de relevancia supraautonómica, que trasciende la concreta situación analizada».

«Profundizando en esta misma idea, debemos señalar que, como acertadamente pone de manifiesto el Abogado de la Generalidad de Cataluña, los requisitos sustantivos exigidos en el art. 66.2 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados para que las mutualidades de previsión social puedan obtener y conservar la autorización que les permite proceder a la ampliación de prestaciones responden a criterios eminentemente técnicos y con ellos se pretende garantizar la estabilidad de estas entidades en su nueva actividad aseguradora».

«Tampoco merece reproche alguno, desde la perspectiva competencial, la modalidad concreta elegida por el legislador estatal para esa intervención preceptiva». «Pues bien, en

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de economía social. Enero 2005 - Enero 2006

el esquema de la Ley este tipo de autorizaciones lleva aparejada la posibilidad de desarrollar el negocio asegurador de todo el espacio económico europeo. Ahora bien, como quiera que la concesión de este tipo de autorizaciones está reservada a la competencia estatal, según tuvimos ocasión de recordar anteriormente, la estimación del recuro de inconstitucionalidad en este punto generaría una antinomia entre el art. 66.3 y la disposición transitoria primera de la Ley (actualmente, disposición adicional quinta del texto refundido), habida cuenta de que se atribuiría una eficacia extraautonómica a la autorización en el primero de los preceptos que entraría en contradicción con lo establecido en las citadas disposiciones. Esta contradicción queda salvada porque uno de los requisitos para obtener la autorización para proceder a la ampliación de prestaciones consiste justamente en ser titular de una autorización válida en todo el espacio económico europeo.

Más importante acaso que lo anterior es el hecho de que las mutualidades de previsión social no están en principio autorizadas para operar en el espacio económico europeo en régimen de libertad de establecimiento o de libertad de prestación de servicios». «Pues bien, la forma jurídica que adopta la expresión de la intervención estatal en el procedimiento de autorización de ampliación de prestaciones de estas entidades representa el reconocimiento de un derecho del que, en otro caso, sólo podrían disfrutar previa transformación de su naturaleza jurídica, adoptando la forma de sociedad anónima, mutua o cooperativa de seguros. No puede reputarse, por ello, contrario al orden de distribución de competencias el hecho de que el legislador estatal haya optado por llevar hasta sus últimas consecuencias funcionales la satisfacción de unos requisitos específicamente establecidos para las mutuas a prima fija. En especial, porque el otorgamiento de la autorización válida en todo el espacio económico europeo no suplanta la competencia autonómica de autorización definitiva de la ampliación de prestaciones y sólo la limita en el caso de que aquélla sea denegada. Parafraseando lo que sostuvimos en la STC 178/1992, de 13 de noviembre, podemos concluir afirmando que este modo de intervención estatal en el procedimiento de autorización de ampliación de prestaciones representa un control preventivo que garantiza que el desarrollo por las mutualidades de previsión social de la actividad aseguradora por ramos «se ajusta, sin sobrepasarlos, a los riesgos máximos que, de acuerdo con la política financiera del Estado, la estabilidad misma del sistema en su conjunto pueda soportar»; control, en fin, que, por sus características y significado, se ampara en las competencias del Estado sobre las bases de la ordenación del seguro (art. 149.1.11 CE), a pesar del carácter ejecutivo de las competencias cuestionadas, y de cuya formalización resulta el reconocimiento de un derecho a las entidades afectadas del que, en otro caso, carecerían» (F. J. 7 STC 173/2005).

STC 291/2005, DE 10 DE NOVIEMBRE

Recurso de inconstitucionalidad núm. 1829/2000.

Promovido por la Junta de Andalucía en relación con el art. 54 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por el que se da una nueva redacción al art. 104 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas.

Resumen

Cooperativas de crédito: Doble naturaleza en cuanto entidades crediticias y sociedades cooperativa: pertenecientes al género de las cooperativas pero asimiladas por su actividad crediticia al género de las entidades o establecimientos de crédito.

Competencia estatal: En materia de bases de la ordenación del crédito, lo que incluye tanto las normas reguladoras de la estructura, organización interna y funciones de los diferente intermediarios.

Competencia de las Comunidades Autónomas para regular por Ley las cooperativas que llevan a cabo su actividad societaria típica dentro del territorio de la Comunidad, aun cuando establezcan relaciones jurídicas o realicen actividades de carácter instrumental fuera del territorio de la misma.

Régimen jurídico: Constitucionalidad de norma estatal que prevé la aplicación supletoria de la ley estatal de cooperativas cuando el ámbito territorial de las cooperativas de crédito sea supraautonómico o estatal y realicen actividad cooperativizada de manera efectiva.

Antecedentes

Es objeto del presente recurso de inconstitucionalidad promovido por la Junta de Andalucía el artículo 54 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, por considerar que el legislador estatal ordinario incide indebidamente en el sistema de distribución de competencias, en la medida en que el Estado carece de competencias sobre cooperativas y, consecuentemente, no puede legítimamente establecer el régimen jurídico aplicable a los aspectos cooperativos de estas entidades, defendiendo la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre cooperativa (art. 13.20 EAAnd), de desarrollo legislativo y ejecución en materia de ordenación del crédito (art. 15.1.3 EAAnd), y en materia de instituciones de crédito corporativo, público y territorial y cajas de ahorro y rurales, de acuerdo con las bases de la ordenación económica general (art. 18.1.3 EAAnd). En consecuencia, la recurrente denuncia la ilicitud de la remisión que en relación con las cooperativas de crédito dicha norma realiza a la ordenación propia de la Ley 27/1999, de cooperativas.

Considera, en primer lugar, que la modificación del régimen jurídico por el que se rige la actividad cooperativa de estas entidades se articula sobre una Ley no básica, cual es la Ley 27/1999, lo que constituye una doble vulneración de las competencias autonómicas: material, porque invade ámbitos competenciales ajenos al Estado; formal, porque se lleva a cabo a través de una norma no básica y sin contar con habilitación constitucional al efecto.

En segundo lugar, apunta a que el artículo 54 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, que modifica el artículo 104 de la Ley 27/1999 choca con las previsiones tanto de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de cooperativas de crédito, como de la Ley andaluza de cooperativas, de 31 de marzo de 1999, e incluso la Ley estatal 27/1999, de 17 de julio, de cooperativas. Así, por lo que se refiere a la Ley 13/1989, que tiene la condición de básica, el precepto impugnado presenta una clara contradicción con su artículo 2, en cuyo último inciso se declara que a las cooperativas de crédito «con carácter supletorio les será de aplicación la legislación de cooperativas», y, por ende, realiza una remisión a la legislación en la materia, como concepto global.

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de economía social. Enero 2005 - Enero 2006

Respecto de la Ley andaluza, también el precepto impugnado parece resultar contradictorio, en especial respecto del artículo 1 de la ley andaluza para el cual «son andaluzas y quedan sujetas a las disposiciones de la presente Ley las sociedades cooperativas que desarrollen principalmente su actividad societaria en Andalucía», dejando su artículo 2 al ámbito de la legislación estatal las sociedades que «desarrollen su actividad en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrollen con carácter principal».

Por último, sostiene la Letrada de la Junta de Andalucía que la extraterritorialidad no representa un criterio constitucional de atribución de competencias a favor de la Administración del Estado y, según aquélla, no cabe duda de que en este caso se está utilizando tal criterio de la extraterritorialidad para asumir competencias que no son propias.

Por su parte, el Abogado del Estado rebate las alegaciones de la representación procesal de la Junta de Andalucía, por entender que la nueva redacción del artículo 104 de la Ley 27/1999, es aún más respetuosa que la originaria para con las competencias de la Junta de Andalucía derivadas de los arts. 13.20, 15.1.3 y 18.1.3 EAAAnd, y perfectamente compatible con la Ley andaluza 2/1999.

En este sentido considera el Abogado del Estado que la demanda de inconstitucionalidad carece de fundamento y, por consiguiente, debe ser desestimada, básicamente porque la norma estatal no pretende interpretar el orden competencial sino sólo propone fijar cuáles son, en materia de cooperativas de crédito, las normas especiales de preferente aplicación y cuáles las normas comunes. En este sentido, el precepto impugnado no sólo no rebasa el ámbito competencial del Estado, pues se ciñe a las cooperativas mencionadas en el art. 2 de la propia Ley 27/1999, sino que resulta ser más respetuoso con el haz de competencias de la Junta de Andalucía en la materia que lo dispuesto originariamente en dicho precepto legal.

Por todo ello el Abogado del Estado tacha de errónea tanto la interpretación del recurso, conforme a la cual el Estado carece de competencias sobre cooperativas, puesto que dicha competencias le han sido reconocida por la jurisprudencia constitucional (SSTC 72/1983, de 29 de julio; 44/1984, de 27 de marzo; 165/1985, de 5 de diciembre y 96/1996, de 30 de mayo), como la interpretación por la que al legislador estatal sólo corresponde regular las cooperativas de crédito desde las competencias del art. 149.1.11 CE, obviando así aquellas cuya ámbito de actuación excede el límite territorial de la Comunidad Autónoma. En virtud de la limitación territorial de sus competencias, ninguna Comunidad Autónoma puede ejercerlas sobre las cooperativas a las que se refiere el artículo 2 a) de la Ley 27/1999, de tal suerte que dicha competencia corresponde al Estado en virtud de la cláusula residual del artículo 149.3 CE.

Para el Abogado del Estado el precepto recurrido tiene como finalidad el establecimiento de un orden de prelación de fuentes «por razón de la materia», pero garantizando la aplicación preferente de ciertas normas especiales sobre otras comunes o de carácter supletorio. En este sentido, la modificación del artículo 104 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, que no es sino la reiteración de la opción ya plasmada en el artículo 2 de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de cooperativas de crédito, impone el criterio de la especialidad, considerando Leyes especiales desde la perspectiva de la normativa común de cooperativas no sólo las Leyes y sus reglamentos especialmente dictados para las cooperativas de crédito, sino también los dictados para regular «en general» la actividad de las entidades de crédito, de forma que la legislación «general» sobre la actividad de las entidades de crédito es «Ley especial» de preferente aplicación a las cooperativas de crédito respecto de la normativa común de cooperativas.

En conclusión, la legislación común de cooperativas, estatal o autonómica, es subsidiaria o «supletoria», tanto de la legislación especial reguladora de las cooperativas de crédito como de la legislación, estatal o autonómica, sobre la actividad de las entidades de crédito. Consecuentemente, la subsidiariedad de la Ley estatal actúa sólo para las cooperativas de crédito de ámbito supraautonómico.

Fundamentos

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional con ocasión del recuso de inconstitucionalidad del artículo 54 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por el que se da nueva redacción al artículo 104 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas centra el objeto de discusión en la posible vulneración que, a juicio de la Junta de Andalucía, ocasiona la mencionada modificación en las competencias de las CC.AA en materia de cooperativas de crédito, al establecer que «las cooperativas de crédito se regirán por su Ley específica y por sus normas de desarrollo. Asimismo, les serán de aplicación las normas que, con carácter general, regulan la actividad de las entidades de crédito, y con carácter supletorio la presente Ley de Cooperativas cuando su ámbito de actuación estatutariamente reconocido, conforme a su Ley específica, sea supraautonómico o estatal, siempre que realicen en el citado ámbito actividad cooperativizada de manera efectiva».

El fallo de esta sentencia, que en gran medida se corresponde con la postura del Abogado del Estado, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Andalucía y viene a sancionar la constitucionalidad del precepto impugnado, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1º.- En primer lugar, y antes de entrar en el debate sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto impugnado, el TC recuerda que el orden de distribución de competencias sobre cooperativas en general y sobre cooperativas de crédito, tiene su consecuencia directa en la doble naturaleza que se proyecta en el sistema de fuentes que rige el régimen jurídico de las cooperativas de crédito, como entidades crediticias y sociedades cooperativas, régimen que ha sido definido como básico por el legislador estatal en el artículo 2 de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de cooperativas de crédito.

Así, respecto del ámbito de competencias sobre cooperativas en general, el TC recuerda la doctrina constitucional consolidada al respecto para concluir que, tal y como ya mantuvo en la STC 155/1993, de 6 de mayo, «en materia de cooperativas confluyen.... una pluralidad de títulos competenciales cuya delimitación en abstracto presenta dificultades, pues el solapamiento y entrecruzamiento mutuo resulta ser especialmente intenso» (F. 1), por lo que, dado que «la Constitución no reserva de modo directo y expreso competencia alguna en materia de cooperativas, ..., de acuerdo con el artículo 149.3 de la propia Norma, la Comunidad tiene las competencias que haya asumido en su Estatuto, correspondiendo al Estado las no asumidas» (F. J. 3º).

En cuanto al orden de competencias existente específicamente en materia de cooperativas de crédito, el TC invoca doctrina constitucional consolidada por la que se establece la necesidad de conjugar las competencias de las CCAA sobre estos intermediarios financieros con la competencia estatal para la fijación de las bases de la ordenación del crédito, añadiendo que dicha necesidad «dimana tanto de la literalidad de los preceptos estatutarios integrantes del bloque de constitucionalidad, como de la constatación de que estas entidades, aun «siendo, en principio, englobables en el género común de las cooperativas, la especialidad dimanante de su actividad crediticia las ha asimilado y terminado por incorporar al género de las entidades o establecimientos de crédito» (STC 155/1993, de 6 de mayo, F. 1 y STC 204/1993, de 17 de junio, F.2).

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de economía social. Enero 2005 - Enero 2006

2º.- Con base en el artículo 2 de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de cooperativas de crédito, y en el pronunciamiento de la STC 155/1993, de 6 de mayo, por el que concluyó que «la norma estatal que dispusiere la aplicación supletoria de la norma autonómica incurriría en inconstitucionalidad» (F. 3), el TC consolida las bases del orden de prelación de fuentes de las cooperativas de crédito previsto en la STC 155/1993, de 6 de mayo, al establecer que, atendiendo a su doble naturaleza, «la normativa autonómica será complementaria de la estatal dictada al amparo del art. 149.1.11 CE y de directa aplicación en los aspectos estrictamente cooperativos cuya regulación, por no tener carácter mercantil o laboral (art. 149.1.6 y 7 CE), corresponda a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas» (F. 3) y, establece, por lo que al carácter básico del artículo 2º de la mencionada Ley 13/1989 se refiere, que «conforme a dichos criterios, claramente se deduce que la aplicación supletoria de la «legislación de cooperativas» establecida por el legislador básico estatal, no se refiere a los aspectos crediticios, sino específicamente a los que este Tribunal ha denominado «cooperativos», en los que se entremezclan, destacadamente, elementos laborales y mercantiles» (F. 4 de la STC 291/2005, de 10 de noviembre).

3º.- Partiendo de la doble naturaleza jurídica de las cooperativas de crédito, y dado que «el legislador estatal, al aprobar la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, no podía dejar de referirse a las cooperativas de crédito como una clase más del género que constituyen las sociedades cooperativas, pero tampoco ignorar la prelación de fuentes reguladoras de su régimen jurídico asentada previamente por la Ley 13/1989» (F. 5 STC 291/2005), el TC realiza en la sentencia comentada un esfuerzo por acotar con precisión los criterios de determinación de la legislación de cooperativas supletoriamente aplicable a las cooperativas de crédito, concluyendo que, si bien «el precepto que nos ocupa reitera, en lo sustancial, la prelación de fuentes por razón de la materia que ya figura en el art. 2 de la Ley 13/1989, restringiendo la consideración de la propia Ley estatal de cooperativas como Derecho común a determinados supuestos supraautonómicos que encajen en las previsiones del propio art. 104, en conexión con el art. 2 de la Ley 27/1999», «la acotación del alcance de la Ley 27/1999 como norma común en materia de cooperativas limita notablemente la aplicación supletoria de dicha Ley a las cooperativas de crédito. En efecto, por virtud de lo dispuesto en el inciso final ahora impugnado, la mencionada Ley sólo resultará de aplicación a estas sociedades cooperativas «cuando su ámbito de actuación estatutariamente reconocido, conforme a su ley específica, sea supraautonómico o estatal, siempre que realicen en el citado ámbito actividad cooperativizada de manera efectiva». «Consecuentemente, como bien ha apuntado el Abogado del Estado en sus alegaciones, la interpretación conjunta de los arts. 2 y 104 de la ley 27/1999 excluye la aplicación supletoria de dicho texto legal a las cooperativas de crédito andaluzas». «Y es que además, en líneas generales, y como ya se apuntó, la cláusula de supletoriedad que el art. 104 establece no cabe entenderla como una excepción a la regla que, para su aplicación territorial, prevé la Ley de cooperativas, y en tal sentido no puede interpretarse que el contenido de aquella cláusula contradiga o desvirtúe lo dispuesto en el art. 2 de esa Ley, sino que lo confirma, en cuanto que una vez declarada, por dicha cláusula, como derecho supletorio, la Ley de cooperativas, ésta sólo podría aplicarse, a cualquier efecto, en los términos previstos en su propio art. 2» (F. 5 STC 291/2005).

4º.- Por último, el TC entra a valorar las denuncias planteadas por la representación procesal de la Junta de Andalucía, tanto respecto al precepto impugnado y a la ausencia de toda competencia que permita el Estado establecer el régimen jurídico aplicable a los «aspectos cooperativos» de las cooperativas de crédito, como en cuanto a la contradicción existente entre el artículo objeto de impugnación y lo dispuesto en otras normas estatales (art. 2 de la Ley

1371989, de 26 de mayo, de cooperativas de crédito), y autonómicas, haciendo especial referencia a la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de sociedades cooperativas andaluzas, y, en particular, a la apuntada incoherencia interna de la propia Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas.

En cuanto a la primera de las denuncias, y sobre la base de que, «frente a lo defendido por el Abogado del Estado, debemos rechazar ahora que lo dispuesto en el art. 104 de la Ley de cooperativas se encuadre dentro de la competencia residual atribuida al Estado por el art. 149.3 CE», el Tribunal Constitucional reconoce que «lo dispuesto en el inciso final del art. 104 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas sólo cobra sentido si se sitúa en el contexto general de dicha Ley y se pone en relación con el inciso final del art. 2 de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de cooperativas de crédito, en cuanto establece que a éstas «con carácter supletorio les será de aplicación la legislación de cooperativas». Dicho de otro modo, estamos ante la delimitación del ámbito de aplicación subsidiaria de la propia Ley 27/1999, concreción de la «legislación de cooperativas» a la que llama el art. 2 de la Ley 13/1989 para completar el régimen jurídico de estas entidades crediticias en atención a su condición de sociedades cooperativas» (F. 7 STC 291/2005).

En cuanto a la segunda de las denuncias planteadas, el TC se pronuncia afirmando que «dicha acotación supone la configuración de la Ley 27/1999, de 16 de julio, como Derecho común de cooperativas, de aplicación subsidiaria a las cooperativas de crédito únicamente cuando «su ámbito de actuación estatutariamente reconocido, conforme a su Ley específica, sea supraautonómico o estatal, siempre que realicen en el citado ámbito actividad cooperativizada de manera efectiva». De tal suerte que, para que les resulte de aplicación supletoria lo dispuesto en la Ley 27/1999, las cooperativas de crédito han de reunir acumulativamente los dos requisitos, a saber: que en los propios estatutos de la entidad se contemple que su ámbito de actuación supera los límites autonómicos y, además, que en él realicen efectivamente actividad cooperativizada. Por consiguiente, no basta con que dichas entidades establezcan relaciones jurídicas con terceros o desempeñen actividades instrumentales fuera del territorio autonómico o que la actividad típica realizada en el ámbito autonómico produzca consecuencias jurídicas en otros lugares del territorio nacional (...) y ni tan siquiera es suficiente con que realicen actividad cooperativizada fuera del territorio autonómico, siendo preciso que medie una previsión estatutaria expresa. Es decir, como ya hemos indicado anteriormente, la concurrencia de ambos requisitos, material (desarrollo de la actividad financiera con los socios más allá del territorio autonómico) y formal (que exista previsión estatutaria) para que pueda examinarse la concurrencia de los parámetros de aplicabilidad de la Ley 27/1999 enunciados en su art. 2. La lectura conjunta y sistemática de ambos preceptos que ahora reiteramos permite descartar la existencia de incoherencia interna en la Ley 27/1999 con relevancia para el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias. De otro lado, no cabe hablar de contradicción insalvable entre el precepto dictado por el legislador estatal y lo establecido en la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de sociedades cooperativas andaluzas habida cuenta de que, como ha reseñado el propio Abogado del Estado en sus alegaciones y hemos señalado con anterioridad, lo dispuesto en la Ley autonómica determina la aplicabilidad a las cooperativas de crédito andaluzas de la Ley estatal de cooperativas» (F. 8 STC 291/2005).